

Revista Jurídica de Seguros



Número 8
Maio de 2018

© 2018. 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. 8. Rio de Janeiro: CNseg, Maio de 2018.

258 pp.

- 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

A cada nova edição desta Revista, vemos confirmada a percepção do quanto foi acertada a iniciativa de dar ao mercado este valioso instrumento de reflexão e trabalho: a coletânea periódica do que de melhor tem sido pensado e produzido por ilustres operadores do Direito, sobre matéria tão surpreendente quanto desafiadora, que é a atividade seguradora.

O Presidente da CNseg, Marcio Coriolano, tem enfatizado a circunstância de a sociedade brasileira, salvo honrosas e poucas exceções, ainda não ter-se dado conta de um fato inelutável: a real e crescente importância do setor de seguros na economia e na vida social do País. Com efeito, as dimensões do mercado segurador, que hoje representa uma parcela significativa da atividade econômica no Brasil – mais de 6% do PIB, em 2017 –, e a presença crescente das várias modalidades do seguro (e previdência complementar aberta e capitalização) na vida de milhões de pessoas e instituições, são a melhor evidência da necessidade de concentrar-se mais atenção e buscar-se maior reflexão sobre os diferentes aspectos que a atividade envolve.

Neste contexto é que se insere a necessidade, já de algum tempo percebida, de se ter entre nós uma Revista especializada nos temas jurídicos, que seja matriz de pensamento e indagação, pesquisa e produção jurisconsultiva, diretamente focada na operação dos contratos de seguros.

Pois bem. Neste ano de 2018, a Constituição da República completa 30 anos, que merecem ser comemorados, visto que o seu desenho político tem permitido ao Brasil enfrentar as crises emergentes, sem quebra da estabilidade democrática.

Na passagem desse aniversário, é mais que oportuno o artigo assinado pelo professor Eros Roberto Grau, Ministro aposentado do STF e um dos pensadores do Direito no Brasil. Um verdadeiro presente aos leitores da

Revista. O autor aborda, com autoridade mas com leveza, a Constituição e o comportamento dos juízes quando confrontados com a realidade das normas e as exigências e concretude da vida.

A este artigo vem somar-se uma nova safra de trabalhos que tanto se recomendam pela assinatura de seus autores, quanto pelo ineditismo do tratamento dado à matéria comum: os institutos do Direito quando voltados à operação do seguro, entendido em seu sentido lato.

Surpreendente, por exemplo, pela originalidade da matéria e pela profundidade da indagação, o artigo do advogado peruano, Alonso Nuñez del Prado Simons, na seção “Internacional”. Escreve sobre o acesso à informação genética e os direitos de personalidade, transitando, com firme desenvoltura, de um conceito de Heidegger sobre a coisificação da pessoa, transformada em meio e deixando de ser um fim em-si-mesma, tal como havia sido classicamente sinalizado por Kant.

Nesta mesma seção “Internacional”, duas outras importantes contribuições. O advogado Paulo Medina Magallanes, da Associação Mexicana de Direito do Seguro, escreve sobre “La prescripción de los contratos de seguros en México”, em comentário a variada jurisprudência. E o advogado e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Francisco Rodrigues Rocha, em matéria de direito comparado, discorre sobre a “Sub-rogação do segurador nos seguros de danos nos direitos Português e Brasileiro”.

Na seção “Doutrina”, Leonardo David Quintanilha disserta sobre “O dever de prestar declaração do risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório”, matéria sempre revisitável por sua frequência na operação dos seguros.

Mas esta edição da Revista de Seguros reserva ao leitor muito mais além da surpresa e da provocação. Um “Parecer Histórico” assinado pelo Professor Célio Borja, sobre “Cláusula contratual abusiva”, traz para o terreiro dos clássicos, Savatier e Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, questões relacionadas à aplicação do princípio indenitário, onerosidade excessiva e enriquecimento por vantagem excessiva.

Na seção de “Opinião”, Ricardo Bechara Santos, com a propriedade costumeira, fala sobre a “Prescrição, notadamente no seguro de Responsabilidade Civil”, em artigo que tem um fecho com exatidão de partitura musical e que vale sempre uma reflexão: a lei não esgota o direito. E ainda, nesta seção, a advogada Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, fala sobre a atualidade do mercado segurador e a “Conquista de nova consciência em novos caminhos na gestão de conflitos”, concluindo por uma solução prática e comprovadamente eficiente na busca de equilíbrio: a mediação.

Na seção de “Legislação”, a especialista em Direito Securitário, advogada Suelly Molina, apresenta um panorama do que tem sido a evolução da legislação afeta ao regime repressivo no mercado segurador, falando de história, de prática e de lógica de regulação. Também, a advogada Gloria Faria, com a propriedade de sempre, escreve sobre “O efeito da inovação tecnológica na legislação do trânsito”.

Em “Jurisprudência”, três comentários de leitura impositiva: o Procurador do Município de São Paulo, aposentado, Luis Antônio Giampaolo Sarro, sobre incidentes de assunção de competência instaurados pelo STJ, em face do CPC; o Mestre em Direito Empresarial, advogado Landulfo de Oliveira Ferreira Junior, em comentário a decisão em sede de processo em trâmite na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, do Ministério Público de Minas Gerais, faz anotações sobre matéria de “Prescrição intercorrente em processos administrativos”; e, uma vez mais, Ricardo Bechara Santos comenta decisão do STJ sobre excludente de risco de embriaguez e agravamento de risco em seguro de vida.

Voltando à Constituição, é bom lembrar que ela trouxe aos brasileiros uma maneira nova de ver o País e suas instituições, criando uma verdadeira “mentalidade constitucional”. Dentro dessa moldura, as organizações do setor de seguros se colocam como auxiliares da construção da paz social e de uma economia equilibrada.

Luiz Tavares Pereira Filho
Consultor Jurídico

Índice

Editorial

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

Doutrina

A Constituição e os juízes Eros Grau	12
---	----

O dever de prestar declaração do risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório Leonardo David Quintanilha	20
--	----

Opinião

Prescrição, notadamente no Seguro de Responsabilidade Civil Ricardo Bechara Santos	66
---	----

A conquista da consciência do Mercado Segurador em novos caminhos na gestão de seus conflitos Vivien Lys Porto Ferreira da Silva	72
---	----

Pareceres

Cláusula contratual abusiva Célio Borja (parecer histórico)	92
--	----

Internacional

Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación Alonso Nuñez del Prado Simons (Peru)	112
---	-----

La prescripción de los contratos de seguros en México Paulo Medina Magallanes (México)	130
---	-----

Sub-rogação do segurador nos seguros de danos nos direitos português e brasileiro: eficácia, âmbito de aplicação, exceções oponíveis e ónus de a não prejudicar Francisco Rodrigues Rocha (Portugal)	150
--	-----

Legislação

O regime repressivo no Mercado Segurador. Evolução - Atualização da legislação que dispõe sobre a matéria

Suelly Molina 188

Segurança no trânsito

Maria da Gloria Faria 208

Jurisprudência Comentada

Comentários a voto do Ministro Ricardo Cueva, no Resp. n° 1.665.701, sobre excludente do risco da embriaguez e agravamento de risco no seguro de vida

Ricardo Bechara Santos 218

Comentário ao CPC: os incidentes de assunção de competência - IAC instaurados pelo Superior Tribunal de Justiça

Luís Antônio Giampaolo Sarro 242

Prescrição intercorrente em processos administrativos

Landulfo de Oliveira Ferreira Junior 250

Doutrina





A Constituição e os juízes

Eros Roberto Grau¹

01. A Constituição do Brasil é dotada de duzentos e cinquenta artigos, tendo suportado noventa e nove emendas desde 1988. A Constituição norte-americana é composta de sete artigos e sofreu apenas vinte e sete alterações desde 1789!

É preciso coragem (que felizmente não me falta) ao dizer que, para modernizarmos nossa Constituição, seria necessário relembrarmos Olavo Bilac “(...)criança! não verás nenhum país como este!(...)” – e irmos ao passado norte-americano.

Modernizar a Constituição significa mantermo-la atual, superando a oposição entre o *dever-ser* constitucional – *Constituição formal* – e o *ser* constitucional – *Constituição material*. O velho Marx, em um trecho do *Prólogo à Contribuição à crítica da economia política*², afirmava que:

(...) em um determinado estado do seu desenvolvimento, as forças materiais produtivas da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou – o que não constitui senão uma expressão jurídica delas – com as relações de propriedade no seio das quais vinham se movendo até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas que eram, essas relações se tornam entraves delas. Inicia-se então uma época de revolução social. A transformação da base econômica altera mais ou menos rapidamente toda a enorme superestrutura.”

02. Seja lá como for, o fato é que os juízes lhe conferem vida e movimento, dado que *textos* e *normas* são distintos entre si, não se superpõem.

Tenho insistido em um ponto essencial para que se comprehenda o Direito em seu todo: a coexistência de duas dimensões no fenômeno jurídico, a *dimensão legislativa* e a *dimensão normativa*³.

1- Advogado. Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da USP. Ministro aposentado do STF.

2- 1977: 2-3

3- V. meu *Por que tenho medo dos juízes*, 2018: 18 e 39/42.

O fato é que não se interpreta a *norma*: a *norma* é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui o seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes elementos do *mundo da vida*. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Daí que, na metáfora de Kelsen⁴, a *moldura da norma* é moldura do *texto*, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura da *realidade*.

Por outro lado, a concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles, caminhamos do *texto* até a *norma jurídica*; (ii) no segundo, caminhamos da *norma jurídica* até a *norma de decisão* (a solução, a decisão do caso), unicamente então podendo atuar as *pautas da razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Ademais, a interpretação é uma *prudência*, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não, que *pode*) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata.

03. Como observou o general Charles de Gaulle⁵, a Constituição é um envelope. O que está contido dentro dele surge *no* e *do* dinamismo da vida político-social. O intérprete há de ser capaz de apreender esse dinamismo de modo tal que, ainda que não tenha consciência disso, o movimento das coisas o conduzirá a essa apreensão.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em determinado momento histórico. Como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade.

Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza. Em verdade, cá não existe, entre nós, a *Constituição de 1988*. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a *Constituição do Brasil*, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.

4- 1979: 467

5- 1979: 453

04. O que nos afeta e perturba hoje em dia é o fato de ela ser aplicada pelos tribunais, com inusitada frequência, a partir de *princípios*.

Tenho dito, reiteradamente, que estou farto deles, dos princípios. Mais ainda agora, quando nossos tribunais – inclusive aquele em que estive a julgar – aceitam e tomam decisões a partir do tal *princípio da busca de felicidade!* Por que não o *princípio da alegria?* Juízes – sobretudo ministros – falam horas e horas, encantados pelo fato de aparecerem na televisão, partícipes de espetáculos teatrais.

05. Os ministros de hoje em dia expõem suas individualidades, desdobradas do uso de princípios, no culto do chamado *direito alternativo*. Há anos venho, inutilmente, investindo contra eles. O que tenho a dizer a respeito deste último está no meu “*O direito posto e o direito pressuposto*”, e agora repito, glosando Roberto Carlos: *juízes sem preconceito/ sem saberem o que é o Direito/ fazem suas próprias leis!*”

06. Permitindo-me inicialmente quase reproduzir o que venho afirmando em outros textos, sustento que o Direito não é um *conjunto de regras e princípios*, como dizem uns e outros. *Princípios* são com a moral e com a religião, não com a ética jurídica. O Direito é um sistema de *regras jurídicas*, apenas. *Regras* que seus intérpretes/aplicadores (os juízes) arrancam dos textos normativos – em face e no quadro do mundo do ser – a fim de dar solução a cada lide judicial⁶.

As normas jurídicas são produzidas pelo intérprete a partir de textos normativos e da realidade. Esses textos são *regras*, das quais os *princípios* configuram *espécie*.

O que caracteriza os *princípios* como *espécie de regra* é (i) o seu grau de generalidade – isto é, seu caráter amplo e largo de generalidade – e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os chamados princípios são regras de direito. A proximidade aos valores não lhes retira esse caráter.

Esse ponto deve ser enfatizado: faz-se alusão, aí, a proximidade enquanto projeção dos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Cogita-se de proximidade que não confunde valores (*teleológicos*) com princípios (*deontológicos*), que não compromete o caráter normativo das *regras* da espécie *princípio*.

6 - Permito-me também referir o quanto tentei explicar em meu *Por que tenho medo dos juízes*, pp.100 e ss.

07. Os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos e oposições entre normas produzidas pelo intérprete a partir dos textos normativos (regras de direito positivo) e da realidade. A superposição entre *regra* e *norma* – de um lado – e *princípio* – de outro – só pode resultar da contestação do positivismo, de incompREENSÃO ou deliberado intuito de confundir. Tamanha é essa confusão que, ao afirmarmos que violar um *princípio* é mais grave do que violar uma *norma*, estamos a afirmar que *princípios* não são *normas jurídicas*!

08. Relembre-se uma primorosa observação de Franz Neumann⁷: “*um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais*”.

Além disso, a aguda anotação de Bernd Rüthers⁸ a propósito do que denuncia como *transformação constitucional gradual* pela qual a República Federal alemã passa nas últimas décadas cabe, como luva, aos juízes brasileiros. O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes – diz Rüthers – transformou-se em um “*Estado de Juízes*” (*Richterstaat*) e, de tal modo, que a incontrolada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei?

O modo de ser dos juristas, juízes e tribunais brasileiros do nosso tempo, endeusando princípios a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase *discriçionariedade judicial*, me apavora. Decidir em função de princípios pode ser *mais justo*, encantar, fascinar e legitimar o modo de produção social. Mas a certeza e a segurança jurídicas se desmancham no ar...

09. Pior é a como que reconsagração do chamado *direito alternativo*, produto da adoção – como fundamento de decisões judiciais – de princípios (regras, repito) extraídos de textos normativos alienígenas, não do direito positivo brasileiro.

A expressão “*direito alternativo*” denota inúmeros significados: (a) *direitos alternativos* conota manifestações de pluralismo jurídico (outros direitos, além do direito positivo; *direitos* não estatais, produzidos por

7 - 1942: 360-361.

8 - 2005: 2.759/2.760.

comunidades locais e no plano internacional, a nova *lex mercatoria*, os *direitos produzidos* pelo FMI e pelas minorias); (b) *justiça alternativa*, os temas do acesso à justiça (*access to justice*), das *small claims*, julgados de pequenas causas e da arbitragem privada; (c) *uso alternativo do direito*, manifestações de defesa de grupos oprimidos ou a utilização da estrutura e dos mecanismos do direito por governos autenticamente democráticos, não como instrumento de dominação social; e (d) *direito alternativo* conota ainda movimento que, nascido na década dos 60 entre magistrados italianos integrantes da *Magistratura Democrática*, assumiu importância entre alguns membros do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, nutrindo correntes teóricas e conduzindo a rompimento com o direito positivo, desde há algum tempo passando a prevalecer em alguns tribunais de instâncias superiores.

A norma assim expressada, nesse último sentido – norma sobre a interpretação dos textos normativos – acaba por conduzir à negação do princípio da legalidade, justificando, para a realização de uma “*justiça concreta*”, a tomada de decisões *contra legem*.

10. A teoria do *direito alternativo* desemboca no subjetivismo dos juízes, nada impedindo que a norma por eles hoje consagrada sobre a interpretação das normas (interpretação de *textos normativos*) seja amanhã substituída por outra que ponha em risco direitos fundamentais. A teoria justificará então a negação do próprio direito e, no limite, conduzirá à anomia.

Os *juízes alternativos* atribuem a si próprios o *poder de adotar regras sobre interpretação*, regras que não estão dispostas em nenhum *texto normativo*. Subvertem a legalidade ao pretenderem produzir *justiça material*.

11. Sintoma da desestruturação do *direito formal*, os riscos de que o *uso alternativo do direito positivo* (*direito moderno/direito formal*) conduza ao sacrifício do *direito* e não apenas à superação do *discurso formalístico do direito* são enormes⁹.

Se os adeptos desse *direito alternativo* aplicassem um pouco de tempo à reflexão a respeito da teoria geral do direito descobririam que, quando o *direito* já não corresponde à *natureza singular do presente*, a interpretação de textos normativos permite a sua reatualização, que incumbe aos juízes mais prudentes, sem alarde.

9 - Veja-se Max Weber (1969:648 e ss).

O *direito alternativo* pode vir a consubstanciar nada mais do que uma nova versão da velha regra que recomenda tudo para os amigos; para os inimigos, nem mesmo os rigores da lei: a lei da vingança privada. Valham-nos portanto, contra isso, o *procedimento legal* e a *legalidade*.

12. O movimento francês da *crítica do direito* – que o tempo levou – tinha a virtude de superar a visão, estreita, do direito como mero reflexo da economia, recuperando o entendimento de Marx, segundo o qual as normas jurídicas (e as formas políticas) não podem ser entendidas por si mesmas: estão enraizadas nas condições de vida material e – o direito intervindo na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção – as representam de maneira deformada.

Força é ver, contudo, que como o *direito posto* é expressão de uma *ideologia*, sua interpretação e análise envolvem, em quem a pratique, expansões ideológicas. Expansões, porém, vedadas aos juízes, no exercício de suas funções, e aos desembargadores e ministros de tribunais, em especial os do Supremo Tribunal Federal. Assim – negando-se a velha canção alemã que afirma que *die Gedanken sind frei* – seus pensamentos não são livres – a Constituição e as leis os determinam.

13. Em um voto que proferi quando no exercício da magistratura, na ADPF 153, observei que:

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroge a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

Uma afirmação de Kelsen¹⁰ me acompanha, cotidianamente:

a justiça absoluta é um ideal irracional; a justiça absoluta (...) só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus

10 - 1996: 65-6.

(...) temos de nos contentar, na terra, com alguma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada.(...)"

Tenho me repetido sem parar no que escrevo ultimamente. Mas é assim porque estou ainda por aqui para gritar em defesa do direito positivo, a derradeira garantia de defesa dos humildes. O que me faz assim proceder talvez seja o que leio na Bíblia, do profeta Isaías (32,15-17):

"O direito habitará no deserto e a justiça morará no vergel. O fruto da justiça será a paz, e a obra da justiça consistirá na tranquilidade e na segurança para sempre".

14. Não encerro por aqui o que estou a escrever porque não resisto ao ímpeto de afirmar que o STF transformou-se em um tribunal monocrático de quarta ou quinta instância!

Uma pesquisa divulgada pelo site Consultor Jurídico, com base em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revela que, dos 26,5 mil julgamentos de mérito realizados pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, 13,6 mil – o que corresponde a 51,3% do total – foram realizados por um único ministro, sem a participação dos demais membros da Corte.

Acontece que o STF é um órgão colegiado por sua própria natureza. Quem a ele recorre tem direito a ser julgado pelo seu plenário, não por um magistrado individualmente. Quando isso não ocorre, quem bate às portas do Supremo para defender seus direitos acaba ficando na dependência do subjetivismo, das oscilações de humor, das convicções doutrinárias e das inclinações políticas de um único magistrado. É é esse justamente o grande perigo das decisões monocráticas, uma vez que estão a estimular o protagonismo judicial e a gerar crises institucionais.

Mais: é necessário dizermos, em voz alta, quase em um grito, que juízes e tribunais decidem (deveriam decidir) sobre textos e atos, não sobre pessoas.

15. Uma pequena história por fim.

Em 2005 veio um juiz da Corte Constitucional francesa a Brasília e fui designado a recebê-lo e a lhe falar do Supremo. Quando mencionei o número de processos que cada ministro tinha em seu gabinete, para

relatar, ele me olhou espantado, de verdade, e me disse: “Não acredito! Lá no meu tribunal nós temos, ao todo, uns oitenta e poucos...”

Meses depois, nas férias de janeiro, fui visitá-lo em seu tribunal em Paris e saímos para almoçar. Ao entrarmos na Avenida da Ópera – *Avenue de l'Opéra* – ele me olhou de lado e perguntou se eu me dava conta de que podia andar pela rua, sozinho, com toda a liberdade, já que ninguém o conhecia!

Bibliografia

DE GAULLE, Charles. *Discours et messages – Pour l'effort* (Août 1962 – Décembre 1965). Paris, Plon. 1970.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 9^a ed. Malheiros, São Paulo, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9^a ed. revista e ampliada. Malheiros, São Paulo, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4^a ed., trad. de João Baptista Machado. Coimbra. Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. Trad. de Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris. Presses Universitaires de France/PUF, 1996.

MARX, Karl. *Contribution à la critique de l'économie politique*. Paris, Éditions Sociales, 1977.

NEUMANN, Franz. Behemot – *The structure and practice of nacionaI socialism*. London. Victor Gollancz Ltd. 1942.

RÜTHERS, Bernd. *Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, in Neue Juristische Wochenschrift NJW*, Verlag C. H. Beck, 2005, 2.759-2.760.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução: José Medina Echavarría e outros. 2^a ed., 1^a reimpressão. México, Fondo de Cultura Económica, 1969, v. I.

O dever de prestar declaração do risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório

Leonardo David Quintanilha de Oliveira¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é destacar a grande valia do dever de informação nos contratos de seguro, particularmente os que recaem sobre o tomador do seguro, e como isso influencia a disciplina normativa rigorosa contra reticências, bem como o papel que a intencionalidade do reticente exerce na definição da natureza da sanção (restitutória ou punitiva). A demarcação de sua natureza, ao seu turno, traz diversos consectários interpretativos que dizem respeito aos requisitos para a incidência sancionatória: (des)necessidade de nexo de causalidade entre a circunstância retida e o agravamento do risco que resulta no sinistro, (in)determinabilidade da reticência para a celebração contratual etc. Paralelo a seu interesse acadêmico, o tema guarda relevância prática. Portanto, dá-se destaque à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que é objeto de especial análise crítica.

Abstract: This article aim is to highlight the great value of the duty of disclosure in insurance contracts, particularly those that affect insureds, and how this influences the strict discipline against reticence, as well as the role that intentionality of the reticent exercises in defining the nature of sanction (restitution or punishment). The demarcation of its nature, in turn, brings several interpretive concepts that relate to the requirements for the incidence of sanctions: (in)dispensability of causation between retained circumstances and aggravation of the risk that results in the occurrence of the insured event, (in)determinability of reticence to contractual celebration etc. Parallel to its academic interest, the theme has practical relevance. Therefore, emphasis is placed on the jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice, which is the subject of special critical analysis.

1 - Mestrando em Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa/Portugal. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Campos. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E.mail: leortoliveira@gmail.com

Palavras-chave: Dever de informação. Contrato de seguro. Reticências. Sanções.

Keywords: Duty of disclosure. Insurance contract. Reticences. Sanctions.

Sumário: 1. O contrato de seguro e o princípio da máxima boa-fé. 1.1. Máxima boa-fé e dever de declaração do risco do contrato de seguro. 1.2. Máxima boa-fé e assimetria informativa: seleção adversa, risco moral, externalidades e custo do oportunismo. 2. Âmbito do dever informacional do tomador do seguro. 3. Sistema sancionatório civil. 3.1. Taxonomia das sanções jurídicas. 3.2. O direito civil e as sanções punitivas. 4. Sanções pelo descumprimento do dever de informar. 4.1. Sanções por reticências e o Código Civil brasileiro: importância do elemento subjetivo. 4.2. As reticências e os regimes dos vícios do negócio jurídico e da resolução do contrato. 5. Natureza das sanções por reticências e consequências do enquadramento. 5.1.1. Natureza restitutória. 5.1.2. Consequências da natureza restitutória. 5.2. Reticências de má-fé. 5.2.1. Natureza punitiva. 5.2.2. Consequências da natureza punitiva. 6. As sanções punitivas por reticência de má-fé e a jurisprudência do superior tribunal de justiça. Conclusão. Referências.

Introdução

O contrato de seguro é bilateral, porque as partes se obrigam mutuamente². A seguradora garante interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados; a este compete o pagamento do prêmio (art. 757 do Código Civil de 2002 CCB). Essas prestações principais não refutam a coexistência de uma relação obrigacional como estrutura, na concepção de Karl Larenz, a qual pressupõe a compreensão desse vínculo não somente a partir da soma dos seus elementos, mas da significação total dos fatores que o integram.

Nesta relação complexa, o binômio prêmio/cobertura não encerra o feixe de situações contratuais, de forma que, ao lado das prestações principais, o ordenamento jurídico impõe uma série de deveres acessórios. Sua inobservância configura o que a doutrina alemã do início do século XIX denominou “violação positiva do

2 - DONATI, Antigono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Vol. II. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1954, pp. 40-41.

contrato”. Respalda-se, por conseguinte, uma reação jurídica de tutela em favor do contratante violado³.

Na espécie contratual em apreço, tais deveres acessórios guardam importância singular, em particular o de informação que recai em especial ao tomador do seguro⁴. A resposta à sua violação (reticência) é objeto de específicas disposições do CCB que serão adiante consideradas. A disciplina normativa é dual, porquanto convivem dois tratamentos de reação jurídica a depender da intencionalidade do sujeito (com ou sem má-fé).

A finalidade desse duplo regramento, todavia, não raro é mal compreendida pela jurisprudência brasileira.

1. O contrato de seguro e o princípio da máxima boa-fé

1.1. Máxima boa-fé e dever de declaração do risco no contrato de seguro

A boa-fé assume relevância ímpar nos contratos de seguro. Mesmo o Código Civil de 1916, que não a consagrava como princípio geral do direito contratual, previa-a como dever do segurado e do segurador no art. 1.443⁵. O art. 765 do CCB contém redação parecida, ao preceituar que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão

3 - CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 586-602.

4 - Ou do potencial tomador, porquanto na fase de tratativas ele ainda é mero candidato a contratante que formaliza a sua pretensão através de preenchimento e envio de formulário estandardizado à seguradora. Porém, por facilitação expositiva, utilizaremos indistintamente a expressão *tomador*. Em alguns momentos, utilizaremos também *segurado*, em obséquio à redação correlata do CCB. Por vezes tomador e segurado não se confundem no mesmo sujeito, mas ambos estão jungidos ao dever de informação.

5 - A utilização da expressão *dever* é proposital. Não se ignoram, porém, as considerações doutrinárias a respeito da natureza da posição contratual projetada à prestação de informações no contrato de seguro, con quanto não se comportem aqui maiores detalhamentos da controvérsia. (A respeito da conceituação genérica das diversas posições jurídicas, vide GRAU, Eros Roberto. “Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ónus”. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo 77 (1982), pp. 182-183; sobre o tema tendo em foco a prestação de informações no contrato de seguro: CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2^a ed. rev. atual., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 584-590 e 635; e POÇAS, Luís. *O Dever Inicial do Risco no Contrato de Seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 643-664): POÇAS, Luís. Op. Cit., pp. 643-664.

e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Segundo Jones Figueirêdo Alvez, “o dispositivo provém da essência do art. 422 propagado por todo o Código”⁶. Este artigo, ao lado dos 113 e 187, consagra a boa-fé como cláusula contratual geral. Assim, toda a construção doutrinária e jurisprudencial do tema é aplicável ao seguro (porque possui natureza contratual), seja em relação à sua plurissignificação funcional, seja em relação à ampla dimensão temporal. Assim, a tríplice função do princípio (interpretativa, corretiva e integrativa)⁷ incide nos contratos securitários. A última é especialmente importante. Sob este prisma, a boa-fé, como padrão de comportamento, agrega ao conteúdo contratual deveres laterais “avoluntaristas”⁸ de informação e de veracidade.

A dimensão temporal da boa-fé, por sua vez, é ampla. O art. 422 do CCB determina a sua observância na “conclusão do contrato” e “em sua execução”. A redação do dispositivo dá a entender que a boa-fé é norma voltada à fase contratual. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do de alguns países⁹, é lacunoso quanto à pertinência do princípio nas fases pré e pós-contratual. Entretanto, a atual lacuna legislativa não é obstáculo para o reconhecimento de razões jurídicas para a extensão da aplicabilidade da boa-fé às fases

6 - ALVES, Jones Figueirêdo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil Comentado*. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 758.

7 - MATTIETO, Leonardo. “O princípio do equilíbrio contratual”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 64, 2009, p. 183.

8 - FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contrato: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Vol. 4. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 151.

9 - A observância da boa-fé na pré-contratual tem expressa menção no Código Civil português (art. 227º). Também passou a constar expressamente no *Code Civil* francês, no art. 1112, por força da reforma da parte das Obrigações em 2016 (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Entretanto, mesmo antes da reforma, a doutrina e a jurisprudência francesas já admitiam a responsabilidade civil por condutas perpetradas nas tratativas (Cfr. SCHIMID-TSZALEWSKI, Joanna. “La Période Précontractuelle en Droit Français”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Anné 1990, Vol 42, n° 2, pp. 545-566, *passim*).

extracontratuais. A doutrina, aliás, é remansosa na admissão das chamadas responsabilidades prénegocial (ou por culpa *in contrahendo*) e póscontratual (*post pactum finitum*)¹⁰.

Em que pese a omissão da responsabilidade por culpa *in contrahendo* no regime geral dos contratos, a importância que ela assume nos contratos de seguro não foi ignorada pelo legislador. Assim, no capítulo específico, o dever précontratual de informação é estatuído expressamente no acima mencionado art. 765.

Os deveres informacionais que emanam da boa-fé prevista neste dispositivo são na essência idênticos àqueles destinados aos demais tipos contratuais. Inexiste diferenciação ontológica, uma vez que, nas palavras de Thelma Mesquita, eles são pautados “pelos mesmos ditames, e as variações se devem a circunstâncias da operação subjacente a cada contrato”¹¹. Todavia, não foi despicienda a previsão específica da boa-fé, além daquela que abarca os contratos em geral. Tampouco o foi a sua adjetivação (“a mais estrita”). Parte-se da premissa hermenêutica de que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). A dupla menção do princípio e a adjetivação devem ser compreendidas como possuidoras de alguma significação. Não é presumível a

10- Esse efeito expansionista é imperativo de coerência do sistema. Caso contrário, as partes ficariam “submetidas a exigências ético-jurídicas divergentes” em “duas fases do inter-contratual funcionalmente ligadas entre si” (VICENTE, Dário Moura. “A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002”. *Revista CEJ*, Brasília, nº 25, abr./jun. 2004, p. 37). O tema é hoje manso na doutrina e é, inclusive, objeto de enunciados das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”; E170: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

11- GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. *Derer de Informar e sua Aplicação ao Contrato de Seguro*. Tese de doutoramento pela Universidade de São Paulo USP, 2012. Disponível em < www.teses.usp.br>. Acesso em 23.01.2017, p. 215.

inutilidade das palavras¹². Para além do aspecto formal, subsiste seria *ratio* por detrás do tratamento normativo¹³.

O princípio da *uberrima bona fides* (ou máxima boa-fé) ganha contornos particulares no seguro¹⁴. Esse contrato pautase em uma realidade imaterial: o objeto é a assunção de um risco. A apuração pela companhia de seguro da dimensão e compleição do risco, a fim de poder decidir se irá contratar e estabelecer os elementos contratuais relevantes, tais como o valor do prêmio e as causas excludentes, depende da cognição de circunstâncias mais acessíveis à contraparte, mormente diante da disparidade informacional tão marcante nesse tipo contratual¹⁵.

12 - MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8^a ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 262.

13 - Assim, o ordenamento brasileiro é diferente do português. No CCB, o princípio da mais estrita boafé consta em dispositivo especialmente destinado aos seguros. Já o Regime Jurídico do Contrato de Seguro - RJCS lusitano não segue essa direção. Margarida Lima Rego comprehende, por isso, inexistir motivo para a qualificação do contrato de seguro como *uberrima fides*, tendo em vista que a boa-fé já se extrai do regime contratual geral arts. 227º/1 e 762º/2 e que inexiste preceito excepcional. Daí conclui a A.: “no regime jurídico dos seguros, não vejo mostras de uma franquia mais elevada do que na generalidade dos contratos”. (REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 441). Luis Poças abona parcialmente essa posição, ao lecionar que a *máxima boa-fé* não é “autonomizável” do princípio da boa-fé. Contudo, ela, para o A., assume relevância ao menos como noção caracterizadora do seguro, face às suas peculiaridades (assimetria informativa, p. ex.). Daí, mesmo diante da ausência de uma regra especial, inegável a “ligação umbilical do regime do contrato de seguro ao princípio da boa fé”. (POÇAS, Luís. *Op. Cit.*, p. 153-154) Em sentido semelhante, Jean Bigot, apesar de acentuar, diante da regra geral do *Code Civil*, que a boafé no direito francês norteia todos os contratos, assume que ela adquire relevância singular no seguro, pelas suas idiossincrasias. (Segundo o seu art. 1104, com redação dada pela *Ordinance n° 2016-131* de 2016, “Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi”). (BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances: le contrat d'assurance*. Tome 3. Paris: LGDJ, 2002, p. 60).

14 - MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito dos Seguros: Apontamentos*, Cascais: Principia, 2006, pp. 58-59.

15 - MARTINS, Manuel da Costa. “Contributo para a Delimitação do Âmbito da Boa-fé no Contrato de Seguro”. In: *III Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 175-176.

Noutro lado, os meandros, não raras vezes complexos, do contrato, por fugirem do conhecimento do leigo, devem ser dados ao conhecimento do candidato a tomador do seguro, pois a boa-fé possui natureza ambivalente e, destarte, atrai deveres a ambos os negociantes¹⁶.

A especial qualificação da boa-fé ganha repercussão na atividade interpretativa do contrato de seguro, de jeito a se prestigiar o significado que mais realize o dever de transparência e desestimule condutas dele violadoras¹⁷⁻¹⁸. Também assume importância no tratamento mais severo que o próprio Código destina a condutas contrárias ao dever informacional.

Cabe neste tópico, ainda, um esclarecimento terminológico. Quando se fala em máxima boa-fé nos seguros está-se diante daquela sua conotação objetiva. Boa-fé é expressão polissêmica¹⁹. A doutrina aponta para duas acepções: uma subjetiva e outra objetiva²⁰. A compreensão da sua diferença ganha especial relevo no estudo das sanções por reticências.

A primeira está relacionada a aspectos anímicos do agente. Boa-fé subjetiva se traduz na ignorância de se estar violando o direito. O seu antônimo é má-fé²¹. Já a boa-fé objetiva é norma parametrizada por modelo comportamental socialmente exigível, servindo como

16 - CORDEIRO, António Menezes (2016). *Op. Cit*, pp. 605-606.

17 - MARTINS, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, pp. 173-174.

18 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. Vol. III, 8^a ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 343.

19 - LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das Obrigações: Introdução da Constituição das Obrigações*. Vol. 1. 7^a ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 56.

20 - Essa confusão linguística decorrente da plurissignificação de boa-fé no português, tal como ocorre no francês (*bonne foi*). Isso não acontece no alemão. O BGB diferencia a boafé subjetiva da objetiva por expressões terminológicas distintas: *Guter Glauben* e *Treu und Glauben*. (CORDEIRO, António Menezes (1997). *Op. Cit.*, p. 265).

21 - SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 33-34.

critério de controle estatal do exercício da autonomia privada²². Ela direciona a correção da conduta do indivíduo “pouco importando suas convicções internas”²³.

A prestação de informações é dever e, portanto, sua violação independe do elemento anímico. A perquirição da intenção, contudo, é importante para a definição do regime jurídico sancionatório, o que será abordado mais à frente.

1.2. Máxima boa-fé e assimetria informativa: seleção adversa, risco moral, externalidades e custo do oportunismo

A importância de se resguardar nos seguros a máxima boa-fé, em especial quanto ao dever do tomador de prestar informações, encontra seu fundamento na teoria econômica da assimetria informacional. Ela parte da compreensão de que, nas relações econômicas, uma das partes detém conhecimento mais acurado sobre o objeto da transação. Em algumas atividades, como a securitária, a divergência cognitiva é significativa e altera sobremaneira o comportamento dos agentes, o que resulta em duas falhas de mercado: a seleção adversa (*adverse selection*) e o risco moral (*moral hazard*)²⁴.

A primeira decorre da pouca informação de um dos contratantes no momento da celebração. Neste sentido, a seguradora, em razão do seu déficit informativo, especifica inefficientemente o seguro. Os que detêm situação de maior risco (com desequilíbrio informacional em seu favor) tenderão a contratá-lo, ao passo que os sujeitos vinculados a menor risco propendem a não contratá-lo²⁵. A companhia de seguro, por sua vez, antevê que o padrão efetivo de riscos assumidos é mais elevado do que a média do público a quem o produto é oferecido, o que conduz, nas palavras de Fábio Leandro Tokars, “a uma readequação econômica nos valores dos prêmios (que, em consequência, afugenta

22 - RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 542.

23 - ROSENVALD, Nelson; PELUZO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3^a ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009, p. 458.

24 - STEELE, Jenny; MERKIN, Rob. *Insurance and the Law of Obligations*. Oxford: University Press, 2013, pp. 52-53.

25 - AKERLOF, George A. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, n° 3. (Aug., 1970), pp. 492-494.

ainda mais aqueles que estão envolvidos em estruturas de risco menos evidente”²⁶.

Esse aumento tem como consequência o afastamento para as faixas de menor risco do *fair price*. A tendência, a partir daí, é que pessoas desse grupo se sintam desestimuladas à pactuação do seguro. O resultado sistêmico é a fuga desse grupo do mercado. Com a evasão do grupo que é tendente a conferir saldo positivo às provisões (reservas financeiras das entidades de seguro), majora-se, mais uma vez, o preço. E isso ocorrerá de forma cíclica até o momento em que se atinge o preço justo dos grupos de maior risco²⁷.

Quanto mais pessoas se sentirem desestimuladas a contratar, mais reduzido será o universo de segurados. O prejuízo não se resume à redução de lucro das sociedades do ramo. Os benefícios do seguro (tranquilidade e gestão do risco) serão usufruídos por parcela inferior da população.

Resultado não menos pernicioso ocorre na segunda falha de mercado. No risco moral, a assimetria informacional se projeta para o momento do cumprimento dos contratos de execução deferida ou continuada. Ela decorre da inviabilidade prática de uma parte monitorar o comportamento da outra. Nos seguros o problema é patente: o segurado, antevendo a indenização por eventual sinistro, tende a retrair seu nível de precaução e reduz o investimento em cuidado. Ocorre uma propensão de alteração da motivação de prevenção à perda²⁸. P. ex., o contratante de seguro automotivo, que antes estacionava seu veículo em local fechado, após a contratação, já não adota mais essa conduta: estaciona na rua; e não informa à companhia essa mudança de atitude²⁹.

26 - TOKARS, Fabio Leandro. “Assimetria Informacional”. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 89-91.

27 - POSNER, Richard A.. *Economic Analysis of Law*. 6^a ed., NW: Aspen Publishers, 2003, p. 110.

28 - SHAVELL, Steven. “On Moral Hazard And Insurance”. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 93, n° 4, Nov. 1979, p. 541.

29 - Thelma Mesquita Garcia e Souza arrola diversas outras circunstâncias em que se identifica esse comportamento menos diligente, *in verbis*: “a falta de manutenção de sistema de alarme, ou de iluminação de segurança na propriedade protegida contra roubo, ou dos equipamentos contra incêndio, no bem coberto contra fogo, ou o uso cotidiano do veículo segurado para finalidade diversa da declarada, e dirigí-lo embriagado”. (*Op. Cit.*, p. 56).

A alteração comportamental tem o condão de aumentar o risco contratual e os custos de transação, e isso eleva o prêmio de maneira uniforme a todos os tomadores, independentemente do nível individual de diligência. A tendência, tal como ocorre com a seleção adversa, é que essa majoração de preços afugente do mercado os mais prudentes e transparentes.

Os efeitos da desinformação, como explicado, não ficam encerrados em uma particular relação contratual. Até porque seguro pressupõe mutualismo, que se origina da solidariedade entre os que compartilham um risco em comum com vistas à socialização das perdas e fazem isso, *grosso modo*, através de um fundo comum administrado pela companhia securitária. A violação do dever de informar gera desequilíbrio no cálculo do risco³⁰. Os custos dessa fraude tarifária são suportados pelo fundo e, no final, são diluídos entre todos³¹. Assim, um segurado prudente e veraz suporta o incremento do preço pela reticência e pela displicênci a alheia.

A falta de eficiente precificação e a decorrente diminuição de segurados gera outra falha de mercado denominada pela teoria econômica de “externalidade”. As externalidades são os custos (externalidade negativa) e os benefícios (externalidade positiva) que recaem sobre terceiros, mas que deixam de ser considerados pelos contratantes no sistema de preços³². Em razão delas, o interesse coletivo na atividade privada não fica adstrito aos dos pactuantes singularmente considerados e, por isso, o equilíbrio do mercado é ineficiente sob o ponto de vista social, na medida em que ele é atingido sem que a externalidade componha a formação do preço. Em relação à externalidade negativa, o custo de produção é maior para a sociedade do que para os partícipes do contrato, o que acarreta excesso de produção socialmente indesejável. Quanto à externalidade positiva, o valor social é superior ao valor privado, gerando uma produção deficitária.

30 - Sobre a relação de mutualismo e assimetria informativa, Cfr. EGgers, Peter Macdonald; PICKEN, Simon; FOSS, Patrick. *Good Faith and Insurance Contracts*. 3^a ed., Londres: Lloyd's List, 2010, p. 74.

31 - CAVALIERI FILHO, Sérgio. “A Trilogia do Seguro”. In: *Anais do I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS (coord.), São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 91-94.

32 - RODRIGUEZ, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 39.

A assimetria informativa e o risco moral geram externalidades. A majoração do preço, como dito, afugenta potenciais segurados. Nesse aspecto, não se pode ignorar a relevância social da atividade seguradora³³. Segundo Menezes Cordeiro, o desenvolvimento harmonioso da atuação humana pressupõe a eliminação ou, ao menos, o controle do risco³⁴. Há inegável relação entre o seguro e as realizações empreendedoras do homem. A título ilustrativo, o seguro foi fundamental para a administração dos riscos relacionados às grandes navegações na fase da expansão marítima europeia³⁵. Em paralelo aos grandes empreendimentos, a importância se espalha às atividades mais ordinárias da vida moderna, tanto das pessoas físicas como jurídicas³⁶.

Por isso, a assimetria informativa desestimula, em última análise, o empreendedorismo. Também os indivíduos deixam de se beneficiar da diluição dos riscos e da redução da vulnerabilidade propiciadas pelo sistema de securitização. Ou, mesmo que o contrate, o fará a custo mais elevado.

Ademais, quando o déficit informativo inibe a expansão dessa atividade, os riscos sociais deixam de estar cobertos por companhias especializadas e, em muitos casos, é a sociedade quem suportará o ônus financeiro quando da concretização do evento danoso. É o que ocorre, p. ex., com os contratos de plano de saúde. Quanto menos pessoas os pactuarem, mais serão os que dependerão do sistema público. O dispêndio do erário neste setor será maior e, provavelmente, a qualidade do serviço ficará comprometida. Assim,

33 - Sérgio Coimbra Henriques ensina que a celebração do contrato de seguro não é irrelevante para o direito, devido à suas funções: (a) econômicosocial (segurança patrimonial); (b) financeira (captação de recursos); e (c) de ordenação social (o segurado tende a atuar sob a ressalva de estar coberto pelo risco). (HENRIQUES, Sérgio Coimbra. “Invalidez do Contrato de Seguro por Violação de Deveres de Informação”. In: *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano XVI, nºs 28-29, Almedina, 2015, pp. 263-264).

34- CORDEIRO, António Menezes (2016). *Op. Cit.*, p. 38.

35- MARTINEZ, Pedro Romano (2006). *Op. Cit.*, p. 28.

36- CORDEIRO, António Menezes (2016). *Op. Cit.*, p. 38.

a justa precificação e a atração de mais pessoas aos planos privados importam na maximização do bem-estar, mesmo em prol dos usuários da rede pública de saúde.

O risco moral representa uma externalidade negativa em particular, porque afeta sobremaneira a função inibitória da responsabilidade civil. A possibilidade de responder por eventuais danos induz à maior prudência e dissuade comportamentos que incrementam risco. O seguro enfraquece esse viés preventivo, na medida em que o causador da lesão não arca (ou suporta apenas parcialmente) com as suas consequências financeiras. Neste caso, para o segurado, “causar ou não causar o dano é quase indiferente”³⁷. Thelma Mesquita Garcia e Souza, por isso, afirma ser “indispensável aplicar com rigor normas destinadas a coibir o *moral hazard*, especialmente as referentes ao agravamento do risco, de forma a ilidir comportamentos mais que oportunistas, até predatórios”³⁸.

O ordenamento jurídico e os juízes, pelo exposto, possuem o desígnio de estimular condutas propensas a minorar os problemas relacionados ao déficit informativo. Nos ensinamentos de Vasco Rodrigues, “do ponto de vista econômico, a função fundamental do direito é evitar que a existência de externalidades impeça a obtenção de resultados socialmente eficientes”³⁹.

Por outro lado, quando o direito é deficiente quanto ao controle da veracidade das informações prestadas pelo tomador, tende-se ao estímulo de condutas oportunistas. Segundo Oliver Williamson, os comportamentos oportunistas acarretam custos de transação. Para o autor, os agentes econômicos buscam seus próprios interesses e se aproveitam de omissões em detrimento do parceiro contratual⁴⁰. Nem

37 - ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 78.

38 - GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. *Op. Cit.*, p. 172.

39 - RODRIGUES, Vasco. *Op. Cit.*, p. 40.

40 - *Apud* SILVA, Adilson Aderito da Silva; BRITO, Eliane Pereira Zamith. “Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista: Um Estudo na Indústria Brasileira”. In: *Revista de Administração Mackenzie*. Vol. 14, nº 1, São Paulo. Jan./fev. 2013, pp. 180-181.

todos são oportunistas. Porém, como é difícil detectar o oportunista, todos ficam sujeitos a incorrer nos custos por ele gerados⁴¹.

A disciplina rigorosa da informação no contrato de seguro – lastreada no princípio da boa-fé⁴² – serve justamente para reduzir os custos de transação gerados pelo oportunismo e pela assimetria informativa, e até mesmo a injustiça gerada pela diluição do preço da desonestidade e da fraude⁴³.

2. Âmbito do dever informacional do tomador do seguro

O dever informacional do tomador do seguro compreende os fatos relevantes à mensuração do risco⁴⁴. Nesta direção, o art. 766 do CCB afirma que as reticências relevantes são as que “possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio”. Aquela que em nada influencia na definição dos elementos principais da convenção é inapta a gerar consequências negativas. Imagine-se a omissão, no formulário de risco para a contratação de seguro de vida, quanto a um simples procedimento médico estético que não afeta a expectativa de vida ou a condição de saúde do declarante. Não há que se falar em incumprimento substancial do dever de veracidade⁴⁵.

Muito menos relevantes são os dados cuja omissão até foi benéfica para a seguradora, pois sua revelação importaria mesmo na redução do prêmio. Se, em seguro de incêndio, p. ex., a declaração inicial contém informação de que o material da construção é madeira,

41 - PESSALI, Huáscar Fialho. “Custos de Transação”. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é Análise Económica do Direito - Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

42 - MARTINS, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 169.

43 - GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. *Op. Cit.*, p. 163.

44 - BONNARD, Jérôme. *Droit Des Assurances*. 5^a ed., Paris: LexisNexis, 2016, p. 89.

45 - Peter Macdonald Eggers, Simon Picken e Patrick Foss, com esteio em diversos precedentes jurisprudenciais, alertam para exigências abusivas que fazem do dever de informação uma ferramenta de opressão (*an engine of oppression against the assured*). Para eles, a *uberrima fides* foi desenvolvida para promover a prevenção de fraudes; mas não é difícil que a beneficiária principal do preceito de lealdade, a seguradora, objetive se valer de indagações impertinentes no formulário de risco com o objetivo de se esquivar de eventual dever indenizatório em caso de superveniente sinistro. (*Op. Cit.*, pp. 78-80).

quando em verdade é concreto, a companhia seguradora não pode, na eventualidade do sinistro, se esquivar de pagar a indenização sob o argumento de reticência do subscritor, porquanto a incorreção foi a este prejudicial⁴⁶.

O dever de informação não abrange também opiniões e valorações subjetivas. Tampouco fatos desconhecidos pelo tomador⁴⁷. A informação abarca, para além de fatos conhecidos, os que deveria conhecer. Evita-se, assim, o que Pedro Romano Martinez denomina de ignorância intencional, hipótese em que há uma recusa deliberada de obter “informação que teria se tivesse agido com normalidade”⁴⁸.

Como se está diante de dever decorrente da boa-fé objetiva, a violação do art. 765 do CCB independe da perquirição de aspectos subjetivos. Sendo assim, a delimitação da amplitude do comando de declaração passa por uma avaliação ponderativa, à luz do caso concreto, com base em padrão de comportamento do homem mediano⁴⁹.

Inexigível, de toda a forma, a prestação de informações cujo filtro de relevância dependa da visão de detentor de conhecimento

46 - Cfr. REGO, Margarida Lima. “O Risco e suas Vicissitudes”. In: *Temas de Direito dos Seguros*. Margarida Lima Rego (coord.), 2^a ed. (rev. e atual.), Coimbra: Almedina, 2016, pp. 403-404.

47 - SOUZA, Thelma Mesquita Garcia e. Op. Cit., p. 217.

48 - MARTINEZ, Pedro Romano; TORRES, Leonor Cunha; (...). *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 149.

49 - O padrão é normalmente associado à pessoa razoavelmente cuidadosa (*bonus pater familiae* do *civil law* e o *reasonable man* do *common law*), muito embora essa compreensão não fique imune a críticas da doutrina defensora da fragmentação do modelo comportamental. A insurgência quanto a tais padrões genéricos se dá pela sua inexactidão científica, eis que os julgadores são desprovidos de igual formação. Ao revés, cada um toma por base o seu próprio estrato social e cultural. Demais disso, o estabelecimento de padrão uniforme de comportamento vai contra a noção de diversidade das sociedades plurais (SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., pp. 39-40). A superação dessa uniformidade de *standard* prestigia, em última análise, o direito à diferença. Sob tal ângulo, a cognoscibilidade da informação pode ser aferida a tomar em consideração, p. ex., o consumidor padrão de diligência normal *average consumer* (DUROVIC, Mateja. “The Avarage Consumer under EU Law”. In: *Estudos de Direito do Consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*. Lisboa: Deco, 2016, pp. 411430), o consumidor detentor de hipervulnerabilidade agravada - hipervulnerável - (BARBOZA, Heloisa Helena. “Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos”. In: *Cuidado e Vulnerabilidade*. Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (org.). São Paulo: Atlas, 2009, pp. 106-118), o profissional médio etc.

especializado⁵⁰. Margarida Lima Rego cita hipoteticamente um seguro de veículo que cobre risco decorrente de furto. No decurso do contrato, chega ao conhecimento do tomador um acentuado aumento das ações criminosas na zona em que reside. Ela conclui que não é dele a obrigação de levar ao ente segurador a informação desse dado estatístico⁵¹.

O filtro de relevância da informação é de incumbência da seguradora⁵² que, em atenção ao seu recíproco dever informacional, exterioriza por meio do questionário de riscos os elementos fáticos pertinentes⁵³.

50 - MARTINS, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 178.

51 - REGO, Margarida Ramalho de Lima (2010). *Op. Cit.*, p. 456.

52 - Sobre a seleção das circunstâncias que o tomador do seguro deve transmitir, Menezes Cordeiro afirma que “não é expectável que o tomador se arvore em serviço do segurador.” Afinal, arremata o autor, “o segurador, melhor do que ninguém, sabe o que é significativo para o cálculo do risco que (apenas) ele irá fazer.” (2016, *Op. Cit.*, p. 632).

53 - Quanto ao questionário, a doutrina aponta para uma dupla vertente quanto à sua relevância na definição do dever de declaração do risco (POCAS, Luís. *Op. Cit.*, pp. 361-362). A primeira é o dever espontâneo. O questionário de informações fornecido pela seguradora não teria caráter exaustivo, mas seria mero ponto de partida. Assim, ainda que o tomador não indagasse expressamente sobre fato relevante, o dever de informar subsistiria, contato que a prestação da informação fosse comportamento razoavelmente expectável. É a orientação adotada em Portugal, nos termos do art. 24º/1 do RJCS (Crf. LOURO, Vanessa. “Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores”, *In: Revista Eletrônica de Direito* jul. 2016, n° 2, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 11). Apesar disso, o nº 3 do mesmo artigo arremata que a seguradora não pode se prevalecer de omissão, imprecisão, incoerência ou contradição no questionário. Portanto, subsiste mitigação à sistemática perfilhada no país.

A segunda vertente é a do questionário fechado. Neste caso, o tomador do seguro assume posição passiva. Seu dever de informar se restringe ao que foi expressamente indagado. É a posição adotada pela Alemanha após a entrada em vigor da Lei de Reforma do Direito do Contrato de Seguro (*Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*) em janeiro de 2008 (§ 19º/1). A França perfilhou igual orientação ao abandonar o sistema de declaração espontânea em 1989 (nos termos da atual redação do art. 113-2-2º do *Code des Assurances*. Jérôme Bonnard elogia a alteração porque, em sua visão, a normativa anterior era injusta, na medida em que o segurado poderia ser sancionado por defeito na declaração, mesmo que ele não pudesse antever os elementos suscetíveis de ter influência sobre a opinião da seguradora a respeito do risco. (*Op. Cit.*, p. 89).

O CCB é lacunoso quanto ao tema. A amplitude do dever de informação é

3. Sistema sancionatório civil

3.1. Taxonomia das sanções jurídicas

O estudo ora em apreciação sobre as sanções específicas endereçadas às reticências nos contratos de seguro fica menos árduo caso sejam antes consideradas as diversas funções desempenhadas pelas sanções civis.

extraída da norma genérica do art. 765. A postura do Código enseja empate doutrinário sobre se o Brasil teria adotado o regime de questionário fechado ou de declaração espontânea (POÇAS, Luís. *Op. Cit.*, p. 276). Defendendo a primeira tese, Thelma Mesquita afirma que o questionário assume importância de induzir uma presunção de relevância à informação requerida nas indagações, mas argumenta que “devido à variedade de dados aos quais só o proponente tem acesso e que seriam relevantes em relação ao risco, não se deve excluir a relevância de eventual informação que, nem mesmo a expertise do segurador poderia antever” (*Op. Cit.*, p. 225).

Creio, contudo, sem adentrar em maior profundidade sobre o tema que a segunda orientação é mais consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro. O dever de informações é ambivalente e, destarte, também recai sobre a seguradora. É, aliás, o que se dessume do art. 765 do CCB ao impor a todas as partes do contrato o dever de guardar a mais estrita boa-fé. O art. 766, ao tratar dos efeitos da reticência, por sua vez, não aponta quais as informações que o tomador compete comunicar. Limita-se a tratar de “circunstâncias”. Essa expressão é extremamente vaga. Porém, a doutrina de forma uníssona restringe o seu significado aos aspectos factuais, o que exclui, por conseguinte, aquelas que dizem respeito às premissas metodológicas usadas pela seguradora no cálculo econômicoatuarial. Então, no fundo, o que se deve perquirir é quem possui melhores condições de conhecer uma circunstância. A imaginar o seguro de veículo, p. ex., o segurado conhece (ou deve conhecer) seus hábitos pessoais (se estaciona o veículo em lugar coberto; se o utiliza para fins comerciais); suas características e dos membros de sua família (estado civil, idade, profissão) e outras individualidades, mas valoração à luz do sistema securitário foge o conhecimento da pessoa comum. Por outro lado, é a seguradora quem detém maior possibilidade de exteriorizar quais são as hipotéticas informações relevantes (HENRIQUES, Sérgio Coimbra. *Op. Cit.*, pp. 273-274). Isso não apenas por seu conhecimento técnico, mas porque é ela quem efetua os cálculos para a precificação do seguro. Como transferir, portanto, para o tomador o dever de descobrir elemento original à equação matemática feita pela seguradora? Ademais, essa matemática de precificação é efetuada com base em grandes números, o que é da essência do mutualismo. Dificilmente haverá elemento novo ao cálculo. Deve-se ainda ponderar que o formulário é confeccionado ao longo do tempo, com esteio na agregação de conhecimento adquirido em cascata. Já o preenchimento do formulário é ato instantaneamente executável e, por conseguinte, mais propenso à falha. Daí, é a seguradora que detém condições mais propícias para saber quais

Sanção jurídica é medida indireta de controle social objetivada à observância do direito⁵⁴. Como medida indireta, atua como fator psicológico para frear (sanção negativa) ou fomentar (sanção positiva⁵⁵) comportamentos. Neste enfoque, sanção negativa – que particularmente nos interessa – é “a resposta que o ordenamento jurídico dá à sua violação”⁵⁶.

As sanções negativas podem assumir diversos escopos. De acordo com sua finalidade, a doutrina as classifica como restitutórias e punitivas. A classificação se dá por preponderância teleológica. As primeiras visam precípuamente ao restabelecimento da situação anterior ao ilícito. i.e., o sistema jurídico mira para o passado e reage de modo a corrigir os rumos resultantes da ação indesejada, tentando, na medida do possível, o retorno ao *status quo*, ainda que pela via do resarcimento pelo equivalente. Neste caso, o sistema jurídico descreve abstratamente que a situação jurídica intolerável não é o ato em si (por vezes, até lícito), mas a sua consequência⁵⁷. Como exemplos de sanções restitutórias previstas no CCB, temos o dever de indenizar em caso de dano por ato ilícito (art. 927) e a invalidação do negócio jurídico (art. 182).

Já as sanções negativas punitivas infligem uma desvantagem para o violador⁵⁸. A ideia é inibir o ato ilícito com a previsão normativa de um

são as circunstâncias abstratamente relevantes ao contrato e, portanto, cabe a ela o ônus de apontá-las.

O Projeto de lei 3.555/2004 (que tramita na Câmara dos Deputados e cujo objetivo é o de inserir no Brasil, a exemplo de outros países, uma lei específica sobre contrato de seguro) pretende expressamente consagrar no país o sistema de questionário fechado (“Art. 49. A seguradora deverá alertar o proponente sobre quais são as informações relevantes a serem prestadas para a aceitação e formação do contrato e esclarecer nos seus impressos e questionários as consequências do descumprimento desse dever.” redação de acordo com o texto consolidado aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara em reunião realizada em 04 de abril de 2017).

54 - KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.), 5^a ed., Colecção Stvdium, Coimbra: A. Amado, 1979, pp. 62-63.

55 - BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, pp. 13-42.

56 - BUNAZAR, Maurício. “Taxonomia da Sanção Civil: Para a Caracterização do Objeto da Responsabilidade Civil”. In: RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), n° 02, p. 641.

57 - *Idem, Ibidem*, p. 642.

58 - ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 23.

mal àquele que o praticou. Mira-se primordialmente não para os efeitos decorrentes, mas para a reprovabilidade social do comportamento. A situação jurídica intolerável é a conduta descumpridora da norma, com abstração do resultado⁵⁹. Desta forma, a reação do sistema independe do dano, pois não se presta imediatamente a remediar as consequências negativas da conduta, mas para desencorajar a sua reiteração pelo infrator (prevenção especial) e pela coletividade de potenciais infratores (prevenção geral).

3.2. O direito civil e as sanções punitivas

Existe certa predisposição de se negar caráter punitivo às sanções negativas do direito civil. Essa função, portanto, estaria reservada ao direito administrativo e ao direito penal. De fato, o direito civil possui vocação de realização de justiça comutativa, ao contrário dos ramos jurídicos publicistas em que o intento promocional de justiça distributiva se sobressai.

Contudo, a própria concepção de rígida separação entre direito público e direito privado é por demais frágil⁶⁰. A dicotomia é vista com reserva, uma vez que ela legitima a ideia de que neste último domínio reinaria o império da liberdade, tida como valor quase absoluto, ao passo que o direito público é manifestação de autoridade, respaldada no princípio da legalidade⁶¹.

Na verdade, a unidade do ordenamento infirma essa *summa divisio*⁶². Todas as normas encontram seu fundamento de validade na Constituição. Mesmo os institutos de direito privado servem para a realização de nortes constitucionais orientadores do sistema, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade⁶³. O direito civil é, nesse

59 - BUNAZAR, Maurício, *Op. Cit.*, p. 642.

60 - VICENTE, Dário Moura (2016). *Op. Cit.*, p. 142.

61 - PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. (trad. de Maria Cristina De Cicco). 1^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 53-54.

62 - CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. CORDEIRO. A. Menezes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 149-154.

63 - KONDER, Carlos Nelson de Paula. “Interpretação dos Contratos, Interpretação da Lei e Qualificação: Superando Fronteiras”. In: *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v.19, n° 1, junho/2015, pp. 49-50.

espeque, igualmente realizador de valores sociais e, em consonância com esse intento, por vezes avoca funções que não lhe são peculiares. Ele adota missão multifuncional: ora restitutória, ora punitiva. A pena civil é por vezes necessária como instrumento de impulso do “individualismo responsável”, na medida em que conforma condutas às aspirações sociais, de forma a obstaculizar atos que frustrem a expectativa coletiva de comportamentos confiáveis⁶⁴.

A legislação civil prevê diversas sanções punitivas como é o caso de previsão de múltiplos reparatórios⁶⁵ e de algumas hipóteses de supressão de situações jurídicas⁶⁶⁻⁶⁷.

Nesses casos, a finalidade da sanção não é a mera restituição ao estado de coisas anterior à prática do ilícito, com a neutralização de suas consequências. Aliás, algumas hipóteses, o efeito lesivo do ato é prescindível. P. ex., a cobrança judicial de crédito outrora pago enseja o pagamento em dobro independentemente de o devedor, por conta da demanda, ter desembolsado o valor indevido. No direito sucessório, a mera tentativa de cometimento de crime de homicídio contra familiares próximos ao autor da herança enseja a exclusão do sucessor. Não é preciso, portanto, a consecução do resultado para a decretação de indignidade ou para respaldar a deserção. Também no caso de sonegação de bem, a sua descoberta pelos demais herdeiros e sua colação superveniente ao inventário suprimem a lesão. Contudo, mesmo sem prejuízo ao interesse dos herdeiros, a sanção da perda dos direitos sucessórios sobre o bem sonegado é cominada.

64 - *Idem, Ibidem*, p. 45.

65 - Os arts. 939 e 940 do CCB preveem sanções por múltiplos reparatórios em caso de credores demandarem seus devedores antes do vencimento ou quando a dívida já tiver sido paga. O parágrafo único do art. 42 do CDC prevê igual consequência pela cobrança indevida do consumidor pelo fornecedor. O art. 608 do CCB contempla pena pecuniária pela indução de terceiro ao inadimplemento pelo aliciamento. O art. 773 do mesmo diploma estatui pena à seguradora que, a despeito de saber da inexistência de risco, expede apólice.

66 - ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 74.

67 - É o que ocorre, p. ex., na exclusão de sucessores em razão da indignidade ou da deserção (arts. 1.814 e 1.961), na perda do poder familiar por exercício abusivo (art. 1.638), na revogação de doação por ingratidão do donatário (art. 555) e na perda do direito sucessório sobre um bem sonegado por herdeiro (art. 1.992).

Por isso, na sanção civil punitiva, em muitas hipóteses, eventual consequência lesiva não se consubstancia dado *sine qua non* para respaldar a reação do sistema. Eventual resultado fático é contingente, embora possa ser relevante para definir a medida da sanção. Por isso, ao contrário do que ocorre na sanção restitutória, não subsiste lógica na sanção punitiva civil em se condicionar a consequência jurídica à configuração de nexo de causalidade entre o ato ilícito e eventual efeito danoso, por ser muitas vezes dispensável a configuração deste.

Tampouco a cláusula de vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CCB) serve como objeção ao ganho patrimonial advindo da sanção punitiva. Por opção política, eventuais vítimas podem acabar figurando como beneficiárias econômicas. A majoração patrimonial é decorrência lógica. As *astreintes* (sanção pecuniária compulsória), p. ex., têm natureza de sanção punitiva civil. Elas são fixadas com o objetivo de coagir psicologicamente a recalcitrante a uma conduta⁶⁸. Na forma do § 2º do art. 537 do Novo CPC, “o valor da multa será devido ao exequente”. Os benefícios da medida como instrumento de efetividade da tutela de bens jurídicos relevantes superam a repulsa do direito civil ao enriquecimento.

De fato, a sanção desse tipo visa à tutela não só do interesse individual, tendo em vista que o comportamento indesejado é socialmente reprovável e, por isso, as consequências jurídicas ultrapassam o interesse neutralizador que, em última análise, apenas interessaria à vítima direta. Em tal sentido, a pena civil é funcionalizada ao apoio do dever de não defraudar legítimas expectativas e de manutenção da credibilidade do sistema jurídico.

Consoante indicado no tópico anterior, o dever de informar no seguro transcende o interesse das partes contratantes. Sua violação afeta a coletividade. Assim, é perfeitamente justificável a previsão legal de sanções punitivas em caso de transgressão. A mera neutralização dos efeitos do ato reprovável não surtiria a carga inibitória. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, aliás, já expôs essa *ratio* de pena em algumas oportunidades⁶⁹.

68 - MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil - Obligations*. Tomo 2, 4ª ed., Paris: Ed. Montchrestien, 1965, pp. 867-876.

69 - Dentre outros: REsp 1.340.100/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014.

Contudo, somente a reticência (elemento objetivo) é insuficiente a ensejar a reação punitiva. Esta requer o elemento subjetivo (no caso do contrato de seguro, a má-fé). A punição é incompatível com a responsabilidade pelo risco. P. ex., no direito penal, ramo punitivo por excelência, não se admitem sanções por mera conduta. A configuração do crime depende da culpa ou do dolo (*nulla poena sine culpa*). Assim, é inaceitável a responsabilidade penal objetiva. O juízo de reprovabilidade depende da censura moral sobre uma conduta⁷⁰. Eventual dano adquire relevância periférica. Essa lógica é aplicável *mutatis mutandis* às sanções punitivas civis, pois o objetivo de sua previsão é justamente desestimular um comportamento reprovável daquele a quem se exige conduta diversa. Elas são assim atreladas à ideia de responsabilidade subjetiva, uma vez que guarnece nelas intenso componente moral que envolve desaprovação social a quem agiu de forma culpável e indesejável⁷¹. Por esta razão, para Nelson Rosenvald, “o dolo – ou, no mínimo, a grave negligência do autor do ilícito – é pressuposto subjetivo para a eclosão da sanção punitiva civil”⁷².

Feitas tais considerações, se passa ao estudo da normativa sobre sanções por reticências no seguro.

4. Sanções pelo descumprimento do dever de informar

4.1 Sanções por reticências e o Código Civil brasileiro: importância do elemento subjetivo

A regulamentação das sanções pelo descumprimento do dever de prestar informações do risco individual do seguro consta enxuta e assistemática nos arts. 766 e 769 CCB, *in verbis*:

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

70 - BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1, 13^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

71 - SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.v. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, v.1, p. 5.

72 - ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 49.

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

(...)

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

O art. 766 trata das consequências do descumprimento do dever informacional na fase pré-contratual, i. e., quando do preenchimento do formulário inicial do risco pelo candidato a tomador. O objetivo é reduzir o problema da seleção adversa. O art. 769 se relaciona principalmente ao risco moral e se volta à majoração do risco contratual na fase de cumprimento.

Os dispositivos contêm duplo regramento sancionador. Um, voltado às reticências de má-fé; outro, às de boa-fé. Cabe aqui um esclarecimento sobre as adjetivações.

O dever de informação no seguro, consoante já discorrido, advém da boa-fé a que menciona o art. 765 – que é substancialmente a mesma boa-fé prevista do art. 422 do CCB, embora qualificada. Está-se diante da significação objetiva, uma vez que é norma de conduta ligada à exigência de transparência em relação às informações relevantes que razoavelmente se espera estarem no âmbito de cognoscibilidade do declarante. Se não é dele objetivamente expectável a ciência da informação, a reticência a respeito da qual é juridicamente irrelevante. Por outro lado, caso ele conheça ou devesse conhecer uma circunstância fática indicada pela companhia de seguro como importante para a avença, mas é reticente, há violação ao art. 765. O ato é ilícito e, destarte, demanda reação do sistema.

A definição da reação (i.e., das sanções), cuja regulamentação consta nos supra transcritos arts. 766 e 769, é passo racional subsequente. Sua intensidade é variável a depender da configuração da má-fé. Destarte, apenas nesta segunda etapa analítica, o elemento subjetivo (boa-fé subjetiva vs má-fé) adquire importância, a fim de se estabelecer o regime sancionatório.

As cabecas dos artigos se destinam às reticências agregadas ao elemento intencional⁷³. O parágrafo único do art. 766, por sua vez, é disposição sobre a reticência desprovida de má-fé e possui caráter subsidiário. Incide quando, apesar da violação à boa-fé objetiva, não se configurar a intencionalidade. Não é incorreto nomeá-la de reticência de boa-fé, contanto que tomemos por base a sua concepção subjetiva, i.e., como ausência de má-fé.

Todavia, não é técnico, como faz parte da doutrina⁷⁴, vincular o preceito à culpa ou negligência (aspecto da culpa) na omissão ou inexatidão das informações. O parágrafo único do art. 766 não faz qualquer alusão a aspectos da culpa, mas trata somente da violação ao dever informacional decorrente da boa-fé objetiva do art. 765. Sanciona-se a inobservância de um padrão de conduta socialmente exigível, pouco importando o grau de previsibilidade do agente.

O Código não tratou da omissão de boa-fé superveniente. O art. 769 cuidou unicamente da omissão dolosa em caso de majoração do

73 - Cabe perquirir sobre o sentido da intencionalidade mencionada no dispositivo. Parte da doutrina e da jurisprudência exige a “intenção dolosa de causar prejuízo à seguradora” (TERSI, Flávio H. A., *Op. Cit.*, p. 559). Os dispositivos, entretanto, não fazem nenhuma menção a este elemento finalístico qualificado. Neste sentido, os arts. ora comentados são projeções dos deveres de veracidade e de observância da mais estrita boafé de que trata o art. 765 (POÇAS, Luís. *Op. Cit.*, p. 276) e possuem como escopo simplesmente regulamentar a sanção por sua violação. Daí porque a má-fé descrita nos arts. subsequentes ao 765 deve ser interpretada em sintonia com esse dever, de forma que ela se traduz na intenção, objetivamente apreendida por provas indiciárias, de violar o dever de informar para induzir a seguradora à falsa noção da realidade, ainda que não seja desejado a ela o prejuízo econômico. Para Thelma Mesquita, basta que a omissão seja voluntária e espontânea (*Op. Cit.*, p. 56).

A legislação portuguesa, neste espeque, é bem mais clara ao afastar tal elemento subjetivo específico para a configuração do dolo. O RJCS expressamente atribui ao “propósito de obter uma vantagem” duas consequências: a exclusão dos efeitos do dolo recíproco, i. e., das hipóteses em que a seguradora concorre para a reticência (art. 24º/3º); e a majoração das repercussões patrimoniais da reticência dolosa (art. 25º/5º). Assim, existe um regime mais gravoso destinado ao dolo qualificado pela intenção de se locupletar se comparado ao dolo simples. Daí, mesmo que não exista definição legal desse dolo simples, não é difícil para a doutrina inferir que neste basta a “intenção ou consciência de induzir ou manter em erro” a seguradora. (OLIVEIRA, Arnaldo Costa. *Lei de Contrato de Seguro...* *Op. Cit.*, p. 157).

74 - TERSI, Flávio H. A., *Código Civil Interpretado*. MACHADO, Costa (org.). São Paulo: Manole, 2013, p. 559.

risco no decurso do contrato. Por coerência sistemática, se aplica a regra do parágrafo único do art. 766, por analogia.

Pelo exposto, para fins didáticos, os endereçamentos dos preceitos sancionadores do CCB podem assim ser expostos:

	Reticência pré-contratual	Reticência sobre circunstância superveniente
Sem violação à boa-fé objetiva	Sem sanção	Sem sanção
Violação de má-fé	Art. 766, <i>caput</i>	Art. 769, <i>caput</i>
Violação de boa-fé (subjetiva)	Art. 766, parágrafo único	Aplicação por analogia do art. 769, <i>caput</i>

4.2 As reticências e os regimes dos vícios do negócio jurídico e da resolução do contrato

A reticência, quando ocorre nas preliminares, tende a viciar a vontade da seguradora. Em caso de ausência de má-fé, o defeito que recai na manifestação volitiva é o erro que se traduz na falsa noção da realidade que afeta a valoração do negociante sobre a conveniência do negócio ou sobre seus aspectos relevantes⁷⁵. A soma do elemento intencional do declarante faz configurar o dolo que nada mais é do que o erro intencionalmente induzido⁷⁶.

Assim, como regra, os regimes jurídicos destinados ao erro e ao dolo são aplicáveis à violação do dever pré-contratual ora versado. Sob esta premissa, p. ex., o STJ afastou a incidência de sanções por omissão de má-fé, em razão da configuração de dolo recíproco da companhia de seguro. Cabe destacar que o Código, no capítulo sobre contrato de seguro, ao tratar das consequências das reticências, não faz qualquer menção ao dolo recíproco como causa de afastamento

75 - ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 232.

76 - SILVA, Luís Renato Ferreira da. “Do Dolo”. In: LOTUFO, Renan; outros. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 515.

sancionatório⁷⁷. O art. 150, preceito situado na parte geral do Código e destinado ao dolo em geral, serviu de fundamento à decisão⁷⁸.

Todavia, o art. 766 é parcialmente derogatório das regras destinadas aos citados vícios de consentimento. Noutras palavras, as normas gerais que recaem sobre erro e dolo só incidem quando não contrariarem o regime especial do contrato de seguro.

Por esse motivo, a incidência das sanções por omissões e incorreções na declaração inicial independe de decisão judicial. Dolo e erro são defeitos do negócio jurídico e seconsubstanciam em causa de anulação (art. 171, II, do CCB). Segundo Zeno Veloso, o negócio anulável, ao contrário do nulo cuja ineficácia se opera de pleno direito, e apesar da violação ao ordenamento jurídico, é plenamente eficaz até a sua desconstituição judicial que, ao seu turno, terá efeitos retroativos. No Brasil, inadmite-se, como regra, a anulação, salvo por cominação pelo Poder Judiciário⁷⁹. Já o art. 766, ainda que preveja causa de invalidade do negócio, não requer a judicialização. Basta uma declaração receptícia de vontade. Assim, diverso da regra geral de invalidação *opere juris*, a extinção anômala do contrato de seguro por reticência é ato autoexecutório da seguradora.

O mesmo ocorre em relação à omissão das circunstâncias supervenientes. A causa resolutiva prescinde de previsão contratual, já que o dever informacional advém da boa-fé e é, portanto, *ex lege*. Porém, não se aplica o art. 474 do CCB o qual exige a interpretação judicial quando da ausência de expressa cláusula resolutiva. Por isso, operada a resolução por incumprimento do aludido dever anexo, a seguradora não precisa demandar judicialmente para que se produzam os correlatos efeitos sancionatórios.

Também alguns aspectos das sanções diferem do regime geral destinado ao erro, dolo e do incumprimento contratual, o que passará a ser discorrido.

77 - O RJCS português adotou diversa postura e regulamentou expressamente o dolo recíproco voltado ao contrato de seguro no art. 24º/3. Pelo preceito legal, a seguradora, caso incorra em dolo, como regra, não pode prevalecer do dolo da contraparte.

78 - REsp 1.230.233/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011.

79 - VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 265-266.

5. Natureza das sanções por reticências e consequências do enquadramento

5.1. Reticências de boa-fé

5.1.1. Natureza restitutória

As sanções pelas reticências de boa-fé, como mencionado, estão previstas no parágrafo único do art. 766: “o segurador terá o direito de resolver contrato, ou cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Dessarte, segundo o preceito, em caso de o proponente-tomador violar o dever inicial de declaração dos fatos relevantes para a aferição do risco, abre-se para a seguradora a viabilidade de “resolver o contrato” (*rectius: anulá-lo*⁸⁰) ou de cobrar a diferença do prêmio⁸¹.

80-A redação é a técnica. Afinal, a causa para a extinção anômala do contrato é anterior ou concomitantemente à sua formação. Está-se, portanto, diante de vício de consentimento, que é hipótese de invalidade do negócio jurídico; e não de resolução, que é modalidade extintiva do contrato cuja causa é superveniente à celebração. Se a reticência se dá em relação à circunstância superveniente, aí sim se está diante de resolução contratual lastreada na quebra da confiança provocada pela inobservância do dever de informação. (ALVES, Francisco Luís F. Ribeiro. *Direito dos Seguros: Cessação do Contrato. Práticas Comerciais*. 2^a ed. (rev., atual. e ampl.), Coimbra: Almedina, 2015, p. 81).

81-Assim, o dispositivo estabelece um regime dual em função do momento em que ocorre o sinistro. Antes da sua concretização, a seguradora pode escolher entre a extinção contratual ou, na hipótese em que for do seu interesse a manutenção da relação contratual, exigir a diferença do prêmio. Quando a descoberta da informação ocorrer após a ocorrência do sinistro, a doutrina é divergente. Para uma corrente, a seguradora apenas poderia exigir a diferença do prêmio com pagamento da indenização, mas não extinguir o contrato com efeitos retroativos. Apenas restaria a ela a possibilidade de denunciar o contrato com efeito *ex nunc*. Essa orientação recebe críticas de Luís Poças, para quem a literalidade do dispositivo é infirma. Afinal, o parágrafo único do art. 966, ao preceituar que a seguradora poderá resolver o contrato ou, mesmo após o sinistro, cobrar a diferença do prêmio, enfatiza, segundo o autor, que a opção não sofre preclusão pela ocorrência do sinistro (*Op. Cit.*, p. 278). Tendo a concordar com a segunda corrente não apenas pela redação do preceito, mas também por coerência sistemática. Todas as regras do Código são tendentes a desestimular o descumprimento do dever de prestar informações. Caso o segurado, antes do sinistro, observe seu dever, a seguradora terá a opção de extinguir o contrato, contanto que não seja solução abusiva. Se o sinistro se concretiza antes da comunicação, significa isso que houve violação, ainda que não intencional, de um dever decorrente da máxima boa-fé, somado ainda a um dano concretizado contra a seguradora. A supressão da viabilidade de resolver o contrato se revelaria um prêmio ao reticente pela sua própria conduta ilícita. Esse raciocínio vai contra a *ratio* do preceito, pois, na realidade, estimula a falta de transparência, porquanto fomenta a manutenção da reticência até a ocasião do sinistro.

Questiona-se qual é a natureza das resultantes sanções. Seria restitutória ou punitiva? Quer a seguradora opte por extinguir o contrato com efeitos retroativos (com necessidade de devolver o valor pago a título de prêmio), quer escolha arcar com a indenização (caso em que subsistirá o direito de exigir a diferença a maior do prêmio), prevalece o caráter eminentemente restitutório. A preocupação, em ambas as soluções, é com encaminhamento ao estado de equilíbrio entre as partes. Na primeira, subsiste a regra própria da anulação, pois, afinal, se está diante de erro, que é causa de anulação do negócio jurídico. Assim, a regra está em conformidade com o regime do art. 182 do CCB, para o qual, “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam”. Na segunda opção, a exigência da diferença proporcional do prêmio ao incremento do risco igualmente pretende tutelar a justiça comutativa, eis que ela resulta no nivelamento da relação custeio/benefício outrora inexistente em razão da reticência.

A natureza restitutória das sanções ainda se dessume do grau de reprovabilidade da conduta. Apesar de contrária ao direito, a ausência de elemento anímico gravoso (intencionalidade) afasta uma reação punitiva.

5.1.2. Consequências da natureza restitutória

Dapercepção do cunho restitutório das sanções por incumprimento não doloso do dever de informar, deve-se extraír interpretação do preceito mais consentânea com tal funcionalidade, de maneira a se rechaçar significações que impliquem em punição ao reticente, o que, em última análise, implicaria em exercício abusivo de direito. O abuso de direito é previsto no art. 187 do CCB, o qual atribui caráter ilícito a condutas formalmente legais, mas em manifesta contrariedade aos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes. O ato abusivo está em harmonia com a “letra da lei”, mas colide com o conteúdo axiológico da norma, “transformando-o em ato substancialmente ilícito”⁸².

A finalidade do parágrafo único do art. 766 é a de neutralização dos efeitos deletérios que a carência informativa acarretou à declaratória. O foco é a seguradora. A consequência patrimonial negativa que recai sobre a parte reticente decorrente da aplicação da sanção é

82 - CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5^a ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160.

efeito meramente secundário da incidência da norma sem se negar, todavia, o caráter inibitório intrínseco à noção de sanção⁸³. O que exceder a essa finalidade de reestabelecimento (ou estabelecimento) do equilíbrio é tendente à abusividade.

Há diversas consequências práticas dessa funcionalização. Ela limita, p. ex., o direito potestativo da seguradora em extinguir o contrato. A literalidade do preceito ora analisado aponta para a unilateralidade da decisão entre resolver o contrato e exigir a diferença do prêmio. Entretanto, a doutrina, preocupada em evitar o exercício abusivo do direito, passa ao largo do elemento gramatical e se posiciona no sentido de que a escolha deve ser feita à luz da relevância da informação omissa, incompleta ou incorreta. Se o contrato ter-se-ia realizado a despeito da reticência, a resolução é incabível. Aqui, resta somente o direito à diferença do prêmio⁸⁴. De fato, se a seguradora pactuaria, ainda que ciente da informação omitida, a resolução importaria em seu desnecessário enriquecimento. A medida ultrapassaria o indispensável para se chegar ao ponto de equilíbrio. Haveria um excesso de meios para o atingimento da finalidade da norma⁸⁵.

A solução é conforme o regime do erro cujo objetivo precípuo é evitar que a incorreta ciência da realidade transforme-se em fonte de proveito⁸⁶. Não por outro motivo, tão-somente o erro essencial, i.e., aquele sem o qual a parte que incorre na equivocada noção da realidade não teria celebrado a avença, importa na anulação do negócio. O erro relevante, mas não essencial (ou seja, o negócio teria se concretizado embora com teor diverso), atrai medida corretiva menos drástica, em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos. O art. 144 do CCB, para tanto, permite que a contraparte do errante (no caso o tomador do seguro ou o beneficiário) readequé sua prestação para equilibrar financeiramente o negócio à luz do que seria a vontade real do errante.

83 - ROSENVOLD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 22.

84 - GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. *Op. Cit.*, p. 234.

85 - Essa é a solução expressamente adotada pela legislação portuguesa. O art. 26º/1, b, do RJCS apenas autoriza a cessação do contrato em razão de reticências negligentes, caso a seguradora demonstre que “em caso algum celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexactamente”.

86 - ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 232.

Outra consequência da funcionalização normativa reside na imprescindibilidade do nexo de causalidade entre o risco relacionado à circunstância omitida ou declarada inexatamente e o sinistro para respaldar a extinção contratual sem pagamento da indenização com devolução do prêmio⁸⁷.

A lacuna do CCB, todavia, não é obstáculo para que a jurisprudência vislumbre no nexo de causalidade freio para a pretensão das seguradoras em se eximir do dever indenizatório. A ideia é a de que, se o sinistro adveio de risco alheio à circunstância retida, o pagamento da indenização não importaria em qualquer lesão à seguradora, uma vez que, com ou sem o erro, haveria cobertura. Destarte, o objetivo equilibrador da norma é atingido pela exigência de complementação do prêmio, o que de resto seria devido ainda que nenhum sinistro tivesse ocorrido.

Essa lógica não deve, contudo, ser transposta ao regime das reticências dolosas, em razão de possuir diversa finalidade.

5.2. Reticências de má-fé

5.2.1. Natureza punitiva

À semelhança de outros ordenamentos⁸⁸, o brasileiro sanciona a reticência dolosa com a não-cobertura do sinistro, sem direito à restituição do prêmio pago (*cápitos* dos arts. 766 e 769 do CCB). O *cáput* do art. 766, destinado à declaração inicial do risco, ainda estipula que a extinção do contrato não exime o tomador de pagar eventuais prêmios vencidos.

Ao contrário das sanções direcionadas à reticência de boa-fé, aquelas endereçadas às de má-fé possuem natureza punitiva, com evidente propósito de inibir conduta socialmente reprovável⁸⁹. O seu escopo não seria atingido por mero expediente tendente à tutela do equilíbrio

87 - Art. 26º/4 do RJCS.

88 - Espanha. A Ley 50/80, no art. 10º, § 3º, prevê a perda da garantia em caso de dolo ou culpa grave do tomador do seguro. França. O art. L113-8 do *Code des Assurance*, de 1976, determina a nulidade do contrato de seguro, sem devolução de prêmio, em caso de reticência ou de falsa declaração intencional quando elas importam na modificação do risco, mesmo que o risco retido não influencie o sinistro.

89 - HENRIQUES, Sérgio Coimbra, *Op. Cit.*, p. 282.

do pacto. Assim, no singular contrato, a consequência pecuniária que recai ao infrator supera a lesão suportada pela seguradora. Daí porque a cessação contratual não resulta em retorno das partes ao *status quo ante*, o que aconteceria em caso de devolução do prêmio pago. Tampouco terá o reticente ou beneficiário do seguro possibilidade de pagar a diferença proporcional do prêmio com eficácia retroativa, para que se configure um equilíbrio a posteriori da relação custeio/benefício.

Ademais, a sanção se volta à conduta do agente. Recorda-se que, na reticência de boa-fé, tem-se em mira a seguradora, de forma que as consequências jurídicas projetam seu dano real ou potencial (i.e., o desequilíbrio das prestações caracterizado pela desconexão do prêmio com o risco segurado ou a cogitação de pagamento de indenização lastreada em contrato que não teria se concretizado). Já na reticência intencional, justamente pela reprovabilidade qualificada pelo elemento subjetivo, o foco da sanção é o reticente. A punição exterioriza uma censura moral sobre o seu comportamento. Admite-se, para a consecução dessa finalidade punitiva, até mesmo que a seguradora aufera benefício econômico pela concretização sancionatória, na medida em que não há devolução do prêmio.

5.2.2. Consequências da natureza punitiva

Tendo em vista o caráter punitivo das sanções por desatendimento intencional ao dever de informação, a derrogação das normas gerais destinadas aos defeitos do negócio jurídico e à resolução contratual é mais extensa.

No regime geral do dolo, a consequência jurídica, além da anulação, é satisfação das perdas e danos, tendo em vista a ilicitude da conduta⁹⁰. O mesmo ocorre na resolução por inadimplemento (art. 475 do CCB). Essa sanção é consectária com o princípio do *neminem laedere* (art. 186 c/c art. 927 do CCB), de forma a se tutelar o interesse do lesionado. Aplica-se a teoria da diferença, para a qual o montante da indenização se dá pelo cotejo comparativo entre a situação real em que o evento deixou o lesionado e a situação hipotética em que ele estaria caso não houvesse qualquer dano⁹¹. Evita-se assim o enriquecimento do lesionado, pois a resposta do direito ao dolo e ao incumprimento contratual é, segundo a regra geral, apenas para a neutralização dos seus efeitos.

90 - SILVA, Luis Renato Ferreira. *Op. Cit.*, p. 516.

91 - VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. I, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 878-879.

Esse regramento é inaplicável ao incumprimento intencional do dever de informação do risco no seguro. A uma, porque as sanções aqui aplicáveis são internas, ou seja, ficam adstritas ao próprio funcionamento do contrato e, destarte, elas não adentram no campo da responsabilidade civil⁹². Também porque as regras específicas das cabeças dos arts. 966 e 969 prescindem de dano efetivo.

Neste sentido, similarmente não incide o art. 146 do CCB, segundo o qual a cessação contratual (no caso, a anulação) depende da configuração de dolo essencial. A dicotomia entre dolo acidental e essencial é relevante para a incidência de sanção restitutória, pois se o negócio teria se concretizado a despeito do defeito da vontade, a anulação seria um *plus* antifuncional. A finalidade neutralizadora da norma é alcançada com medida menos drástica que a invalidação do negócio. Já na sanção punitiva, esse duplo regramento não encontra respaldo (muito embora eventualmente possa assumir importância na graduação da punição), porque ela visa mais do que à neutralização dos efeitos deletérios da conduta do declarante.

Por isso, o regime da sanção por reticência dolosa nos contratos de seguro não diferencia o dolo acidental do eventual, de forma que a cessação contratual (cumulada com a não devolução dos prêmios) independe de se conjecturar sobre se o contrato teria ou não sido celebrado a despeito do ilícito.

Igualmente impertinente o condicionamento da incidência da sanção punitiva à configuração do liame de causalidade entre a informação ocultada ou distorcida e o agravamento do risco que se materializa em sinistro. Essa dispensa se coaduna com a natureza de pena da sanção lastreada na má-fé. Menezes Cordeiro afirma que na penalização da má-fé existe uma tensão de acepção ética que respalda uma medida afitiva ao agente como exteriorização do desvalor sobre sua conduta. Nesta situação, o infrator se põe em uma conjuntura semelhante à da responsabilidade civil, porém agravada. Para o autor, esse agravamento consiste no afastamento dos seus pressupostos⁹³. Por esta razão, na reticência de boa-fé, como visto anteriormente, é pacífico que, apesar da lacuna do Código Civil, o nexo de causalidade ora mencionado deve estar configurado. Cuida-se, afinal, de um requisito típico de responsabilidade civil (embora essa não seja a sanção

92 - CORDEIRO, António Menezes (2016). *Op. Cit.*, p. 635.

93 - CORDEIRO, António Menezes (1997). *Op. Cit.*, 512.

eleita pelo legislador para a conduta). Quando, porém, a reticência é acompanhada da má-fé, não há falar em atração dos pressupostos da responsabilidade civil, em especial o do liame causal. Pensamento diverso iria contra a finalidade reprovadora da norma.

Ademais, para o atingimento das suas finalidades, o direito tolera até o acréscimo patrimonial da vítima imediata (no caso, a seguradora), o que é comum nas sanções punitivas de direito privado. Neste passo, a resposta legal às reticências dolosas não deve ser obstada pelo fundamento frequentemente utilizado pela jurisprudência de afronta ao princípio da vedação de enriquecimento sem causa. A utilização desse princípio não serve como mecanismo às mãos do operador do direito para a ablação dos demais institutos jurídicos, pois não assume caráter supralegal⁹⁴. Para Giovanni Ettore Nanni, “o uso do enriquecimento sem causa como princípio, neste ponto de vista, é circunscrito pelos limites legais, remédios e regras jurídicas específicas de cada situação”. Conclui o autor que, apesar de ser útil como instrumento de correção de situações em que evidenciam desproporção patrimonial, o instituto “não poderá colidir com outra regra legal, sob pena de fraudar a ordem jurídica como um todo”⁹⁵.

6. As sanções punitivas por reticência de má-fé e a jurisprudência do superior tribunal de justiça

A jurisprudência do STJ não possui entendimento uniforme sobre o tema. Em verdade, as posturas das duas turmas julgadoras das matérias de direito privado são diversas. Alguns julgados da Quarta Turma têm obstado a incidência de sanção punitiva em face de reticências dolosas em contratos de seguro, tomando por base uma lógica própria das sanções restitutórias. A Terceira Turma, ao contrário, é menos tolerante às condutas de má-fé. Todavia, mesmo neste colegiado, subsiste divergência entre seus ministros.

94-O instituto do enriquecimento sem causa é ainda afastado justamente porque o próprio negócio jurídico (no caso, o contrato de seguro) é causa apta a respaldar uma pretensão. Conforme leciona Luís Manuel Teles Menezes Leitão, “os negócios constituem causas jurídicas da aquisição enquanto ação de enriquecimento pressupõe a ausência de causa justificativa. A liquidação do negócio jurídico fundada na invalidade ou na resolução, embora tenha por base a ineficácia retroactiva do vínculo continua a ter por fonte o próprio negócio jurídico, o que não deixa assim espaço para a aplicação do enriquecimento sem causa”. (*O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 919).

95 -NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*”. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

Elucidaremos o exposto com alguns casos exemplificativos:

1) Em 2011, a Quarta Turma, por unanimidade, condenou uma companhia de seguro automotivo a arcar com indenização, apesar de ter reconhecido a má-fé da tomadora. A contratante, uma senhora de 70 anos, declarou-se condutora principal do veículo no formulário de risco, apesar de o real condutor ser seu neto o qual se enquadrava na faixa mais agravada de risco (18 a 24 anos de idade). Evidente que a reticência objetivava o pagamento a menor do prêmio, o que não foi negado no acórdão. Entretanto, o sinistro foi roubo. O relator, por conta desse fato, afirmou que não teria no caso ocorrido agravamento do risco, tendo em vista a inexistência de relação entre a idade do condutor e o crime. Ao contrário, para ele, a *experiência* demonstra que a idade avançada tem o efeito de elevar as chances de sinistro, tendo em vista que a segurada, por conta da idade, é *vítima mais frágil a investidas criminosas*⁹⁶.

Há dois pontos questionáveis no julgado. O primeiro consiste na discricionariedade do julgador para aferição de risco, mesmo desamparado de dados empíricos⁹⁷. O segundo é o mais pertinente ao trabalho e consiste no equivocado condicionamento da aplicação da sanção por reticência ao nexo de causalidade entre o ilícito e o agravamento do risco que conduz ao concreto sinistro.

2) A mesma turma, em 2012, por unanimidade, julgou procedente recurso interposto por beneficiário de seguro de vida. A tomadora omitiu doença preexistente (hepatologia crônica) e veio a falecer por embolia pulmonar, insuficiência respiratória e infecção respiratória. As instâncias ordinárias reconheceram que a tomadora agiu de

96 - REsp 1.210.205/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 15/09/2011.

97 - O CPC admite que o juiz se valha das regras de experiência comum, i. e., aqueles dados conhecidos pelo homem comum pelo que ordinariamente acontece. Todavia, a constatação de elementos fáticos que demandem conhecimento técnico depende de perícia (art. 375). Não creio que o magistrado, a partir de suas próprias percepções pessoais, possui capacidade de dimensionar a relevância do critério etário como elemento hábil a modificar o risco do seguro, eis que essa atividade requer o conhecimento das ciências econômicoatuariais, salvo, evidentemente, casos flagrantes. Não é a hipótese. Acredito que o principal fator agregador de risco na primeira faixa etária se dê em razão da maior probabilidade de acidente veicular. É plausível que não seja este o único motivo. Pode ser que os idosos, por terem hábitos mais diurnos, estejam menos suscetíveis a atividades criminosas. Enfim, deveria ao menos ter sido determinada pelas instâncias ordinárias a inversão do ônus da prova e aberto prazo para a seguradora ter se desincumbido de seu ônus.

má-fé, porque a patologia era de seu conhecimento ao tempo do preenchimento do formulário; e que esta moléstia contribuiu para o falecimento. Entretanto, a Corte determinou o pagamento da indenização sob o fundamento de que a doença não informada não foi *causa direta* do sinistro⁹⁸. Segundo o acórdão, a ilicitude da negativa se configurou, ainda, pela vedação ao enriquecimento sem causa e por ser ônus da seguradora adotar medidas de cautela antes da celebração do contrato, em especial, pela exigência de exame médico⁹⁹.

O julgado contém três fundamentos criticáveis. O primeiro é o de que a seguradora possui ônus de exigir do segurado prévios exames médicos sob pena de não poder posteriormente negar cobertura, ainda que fique demonstrado que o tomador tinha (ao menos sob a perspectiva de uma pessoa de diligência normal) conhecimento da circunstância suprimida¹⁰⁰.

98 - Segundo o voto da Min. relatora do acórdão, geraria “enriquecimento ilícito (...) permitir que a seguradora celebrasse o contrato sem a cautela de exigir exame médico, recebesse os prêmios mensais e, após a ocorrência de sinistro sem relação direta com o mal preexistente, negasse a cobertura, porque uma das diversas causas indiretas do óbito fora a doença omitida quando da contratação”.

99 - REsp 765.471/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 07/03/2013.

100 - Neste sentido, sequer haveria lógica no dever de prestar informação. Demais disso, a transferência deste mister à seguradora importaria em demasiado e injustificado encarecimento do seguro, pois o segurado detém condições de conhecer suas circunstâncias pessoais com custo menor. Na lição de Thelma Mesquita, “partindo da premissa de que geralmente o contratante mais bem informado é o que melhor pode evitar a transmissão errônea da informação e eventualmente até o erro proveniente da percepção distorcida da realidade pela contraparte contratual (*cheapest cost avoider*), encarrega-o do dever de informar, ou, dependendo das circunstâncias, desloca o ônus ao contratante presumivelmente apto a suportá-lo ao menor custo (*cheapest cost bearer*). Esta distribuição nem sempre é boa, pois poderá representar um estímulo à distorção ou ocultação da informação por aquele que teria mais condições de evitá-la (*cheapest cost avoider*), quando ele não é o *cheapest cost bearer*. O problema surgirá sempre que, na aplicação da lei, esse ônus for atribuído, sem cogitar de que incentivos a lei deve gerar, àquele que supostamente teria mais recursos (*deepest pocket*) para arcar com os custos da desinformação”. (Op. Cit., p. 64). Evidente que o tomador do seguro não está obrigado a adotar um padrão comportamental de extraordinária diligência. Tomemos como exemplo o seguro de vida ou de saúde. A lei não impõe a prévia realização de exames ao segurado. Silvio de Salvo Venosa, nesta direção, afirma que não estará de má-fé “o sujeito que padece de moléstia que não sabe ser grave ou fatal ou não fora diagnosticada na contratação do seguro” (Op. Cit., p. 343). Porém, o dever de informação recai sobre aquelas circunstâncias que ele sabe ou deveria saber (tendo como parâmetro uma pessoa de diligência mediana), o que pode se aferir, p. ex., a partir da forma como uma doença se exterioriza e do histórico clínico pessoal.

Para o presente trabalho destacam-se, porém, os outros dois fundamentos. O STJ assentou orientação de que não basta o nexo de causalidade entre a circunstância omitida e o sinistro. O nexo precisa ainda ser direto. Assim, o tribunal trouxe para o caso um raciocínio próprio da responsabilidade civil, eis que, sem o fazer expressamente, aplicou a regra do art. 403 do CCB, o qual condiciona o dever de pagar por perdas e danos à existência de um liame de causalidade *direto* e *imediato* entre o inadimplemento de obrigações e seus efeitos danosos. Outro fundamento é a vedação de enriquecimento sem causa. A incidência desse princípio e a exigência de nexo de causalidade (direto ou indireto), como já analisado, decorrem do excessivo apego a uma visão de direito civil de função unidirecional de promoção da justiça comutativa. Tais óbices, todavia, são incompatíveis com a funcionalidade punitiva das sanções por reticência dolosa.

A Terceira Turma, por sua vez, é menos leniente em relação ao descumprimento intencional do dever de prestar informações. Todavia, o colegiado carece de uniformidade interna. Um de seus integrantes possui entendimento mais consentâneo com aquele da Quarta Turma. E, em verdade, algumas teses criam ainda mais requisitos para a incidência da sanção por reticência dolosa. Isso indica que, se os casos fossem decididos pela Seção, em embargos de divergência, p.ex., o entendimento da Quarta Turma provavelmente prevaleceria. Segue caso exemplificativo:

3) Em 2014, a Terceira Turma por maioria negou provimento a recurso interposto contra companhia de seguro de automóvel, em caso que envolvia negativa de cobertura por prestação de declarações inverídicas no questionário de risco: o contratante se autodeclarou condutor principal do carro, mas o real condutor era seu filho (pertencente a grupo etário de risco); e comunicou que o veículo estacionava na garagem dia e noite, mas, após, foi constatado que o pernoite se dava na rua, o que, aliás, contribuiu para a concretização do sinistro. O veículo foi furtado na esquina do logradouro onde residia o filho do tomador¹⁰¹.

A solução do julgado não surpreende, porque a má-fé era evidente. Ainda que se aplicasse a tese de que a negativa de cobertura apenas seria viável caso estivesse presente o nexo de causalidade entre o risco

101 - REsp. 1.419.731/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ Ac. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 09/09/2014.

ligado à circunstância dolosamente falseada e o sinistro, o resultado do julgado não seria diverso, porquanto o fato de o carro não pernoitar na garagem agravou em concreto o risco de sua subtração, o que acabou se consumando.

Porém, o que surpreende nesse julgado é que ele não foi decidido por unanimidade. A relatora votou pela procedência do recurso, sob o fundamento de que a perda da cobertura requer, além da má-fé, a demonstração de que, mesmo ciente das informações inexatas, a seguradora não teria celebrado o contrato. Assim, a solução para o caso deveria ser o reequilíbrio contratual, para que fosse feito recálculo dos valores dos prêmios tomando por base as informações reais, com respectivo desconto no montante indenizatório. Demais disso, a ministra, para não deixar a conduta impune, determinou que essa diferença entre o prêmio devido e o pago deveria ser em dobro, por analogia aos arts. 773 e 940 do CCB e 42, parágrafo único, do CDC.

A tese vencida não deveria mesmo prevalecer. O art. 766 não requer que as declarações inexatas tenham sido determinantes para a celebração do contrato. O dispositivo se contenta para a perda da garantia com declarações distorcidas que possam influir na “taxa do prêmio”. O requisito descrito no voto possui pertinência para a aplicação de sanção por reticência de boa-fé, pois, neste caso, a função da norma é prestigiar o equilíbrio. Não se pode transportar essa solução para as sanções por reticência de má-fé, pois estas são funcionalizadas à punição¹⁰².

102 - Demais disso, a mera citação genérica de princípios não basta para afastar a solução dada pela regra contida no art. 766. A postura vai de encontro à premissa hermenêutica de que os princípios, por sua baixa densidade normativa e seu âmbito difuso de incidência, não preponderam, salvo em caráter excepcional, sobre as regras, uma vez que essas últimas coincidem com decisões políticas específicas, de efeitos determinados (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 192) Faltou deferência à solução legal, violando-se assim o princípio da legalidade. Por via transversa, almejou-se a declaração de inconstitucionalidade sem o respeito ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal c/c súmula vinculante do STF nº10). O voto ainda pretendia a substituição da sanção punitiva expressamente prevista na lei para caso concreto que atendia a seus pressupostos de incidência, em prestígio a sanções por múltiplos indenizatórios endereçadas a diversas situações. A aplicação de analogia, contudo, é incompatível com o princípio da tipicidade das sanções punitivas (*nulla poena sine lege*), segundo o qual punições apenas se respaldam dentro dos meandros expressamente definidos pela lei (ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 208).

A análise desses julgados indica que há grandes chances de o Judiciário afastar a aplicação de sanções por reticências dolosas, mesmo com base em argumentos criativos. Esse cenário de certa forma é colaborado pelo excesso de sintetismo e pela falta de clareza como o tema é regulamentado pelo Código. Os incumprimentos de má-fé e de boa-fé ao dever de informar são tratados nos mesmos artigos¹⁰³. Ocorre que as funcionalidades das sanções para cada caso são, como visto alhures, predominantemente diversas: uma é punitiva; outra é restitutória. Isso faz com que diversos argumentos pertinentes às sanções desta última natureza sejam indevidamente transpostos às sanções punitivas.

Com isso, a força dissuasória da norma é diminuída. Transmite-se à sociedade a mensagem de que o oportunismo compensa¹⁰⁴. Isso sem falar no encarecimento dos prêmios aos demais segurados e nas demais externalidades tratadas no tópico 1.2.

Conclusão

Por todo o considerado, conclui-se que:

1. O princípio da *uberrima bona fides* assume contornos particulares no seguro, mormente para zelar o direito da companhia atuante no ramo à informação da contraparte antes e ao longo da vigência do pacto. O regime diferenciado do CCB se justifica no combate à assimetria informacional, traço tão marcante na negociação securitária, e às suas decorrências gravosas: seleção adversa, risco moral, externalidades e diluição do custo do oportunismo.

2. O dever informacional do tomador do seguro compreende os elementos fáticos que podem influenciar a decisão da seguradora entre contratar ou não, bem assim a quantificação do prêmio. Não abarca fatos desconhecidos pelo declarante e valorações subjetivas. Engloba, porém, circunstâncias que deveria conhecer, tendo como *standard* um padrão normativo de contratante.

103 - Em Portugal, o RJCS define as consequências das omissões e inexatidões dolosas e das negligentes na fase pré-contratual em arts. diversos (arts. 25º e 26º). O dever de informação ao longo do contrato e o regime sancionatório pela sua violação constam de forma pormenorizada nos arts. 91º a 94º.

104 - TIMM, Luciano Benetti. “Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva *vs.* Eficiência Econômica”. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), nº 6, pp. 3738-3739.

3. Uma vez violado o dever objetivo de prestação de informações, a definição do regime sancionador depende da configuração ou da ausência de má-fé;

4. Quando a reticência carece de má-fé, atraem-se as regras destinadas ao erro e ao incumprimento involuntário do contrato. A soma do elemento intencional chama a incidência das regras do dolo e do incumprimento voluntário. Em ambas as hipóteses, subsistem normas especiais derrogatórias do regramento geral. A derrogação é mais acentuada na disciplina sancionatória pela reticência de má-fé, por conta da preponderância da função punitiva; e menos acentuada na reticência de boa-fé, tendo em vista o predomínio de *ratio restitutória*.

5. Na reticência de boa-fé, abre-se para a seguradora a viabilidade de “resolver o contrato” (ou anulá-lo) ou de cobrar a diferença do prêmio. O caráter equilibrador da sanção limita o direito de extinção. A escolha deve ser feita à luz da relevância da informação omissa, incompleta ou incorreta. Se o contrato teria se realizado a despeito da reticência, a sanção extintiva é incabível, restando, por outro lado, a segunda opção. Ainda em caso de realização do sinistro, a negativa de cobertura requer nexo de causalidade entre o risco relacionado à circunstância retida e o evento danoso;

6. Essa lógica é intransportável ao regime das reticências dolosas, por conta da função punitiva da respectiva sanção. A consequência é a não cobertura do sinistro, sem direito à restituição do prêmio. Não remanesce a diferenciação feita na parte geral do Código entre dolo acidental e dolo eventual, de forma que a cessação contratual (com a não devolução dos prêmios) independe de se conjecturar sobre se o contrato teria ou não sido celebrado a despeito do ilícito;

7. Igualmente impertinente na retenção dolosa o condicionamento da incidência da sanção à configuração do liame de causalidade entre a informação ocultada ou distorcida e o agravamento do risco que se materializa em sinistro;

8. Ainda na retenção intencional, o direito, para o atingimento das suas finalidades, tolera até mesmo o acréscimo patrimonial da seguradora, o que é comum nas sanções punitivas de direito privado; e

9. A jurisprudência do STJ é vacilante na aplicação das sanções punitivas por descumprimento intencional do dever de prestar

informações na relação negocial securitária. Alguns julgados a têm obstado, com esteio em argumentos apropriados somente às sanções restitutórias. Com isso, a força dissuasória da disciplina especial, objetivada à redução da assimetria informativa e das suas consequências maléficas, é enfraquecida. Fomenta-se, assim, a fraude tarifária.

Referências

ALVES, Francisco Luís F. Ribeiro. *Direito dos Seguros: Cessação do Contrato. Práticas Comerciais*. 2^a ed., rev., atual. e ampl., Coimbra: Almedina, 2015.

AKERLOF, George A. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, n° 3. (Aug. 1970), pp. 488-500.

BARBOZA, Heloisa Helena. “Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos”. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (org.) *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances: le contrat d'assurance*. Tome 3. Paris: LGDJ, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1, 13^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

BONNARD, Jérôme. *Droit Des Assurances*. 5^a ed., Paris: LexisNexis, 2016.

BUNAZAR, Maurício. “Taxonomia da Sanção Civil: Para a Caracterização do Objeto da Responsabilidade Civil”. In: RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), n° 02, pp. 639-649.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. CORDEIRO. A. Menezes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. “A Trilogia do Seguro”. In: *Anais do Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS (coord.), São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 91-94.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Direito dos Seguros*. 2^a ed. rev. atual., Coimbra: Almedina, 2016.

DONATI, Antigono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Vol. II. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1954.

DUROVIC, Mateja. “The Avarage Consumer under EU Law”. In: *Estudos de Direito do Consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*. Lisboa: Deco, 2016, pp. 411-430.

EGGERS, Peter Macdonald; PICKEN, Simon; FOSS, Patrick. *Good Faith and Insurance Contracts*. 3^a ed., Londres: Lloyd’s List, 2010.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contrato: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Vol. 4, 5^a ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. *O Dever de Informar e sua Aplicação ao Contrato de Seguro*. Tese de doutoramento pela Universidade de São Paulo USP, 2012. Disponível em <www.teses.usp.br>. Acesso em 23.01.2017.

GRAU, Eros Roberto. “Nota sobre a Distinção entre Obrigaçāo, Dever e Ónus”. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 77 (1982), pp. 177-183.

HENRIQUES, Sérgio Coimbra. “Invalidade do Contrato de Seguro por Violação de Deveres de Informação”. In: *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano XVI n°s 28-29, Almedina, 2015, pp. 243-301.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.), 5^a ed., Colecção Stvdív, Coimbra: A. Amado, 1979.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. “Interpretação dos Contratos, Interpretação da Lei e Qualificação: Superando Fronteiras”. In: *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v.19, n° 1, junho/2015, pp. 47-62.

LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das Obrigações: Introdução da Constituição das Obrigações*. Vol. 1. 7^a ed., Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

LOURO, Vanessa. “Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores”, In: *Revista Eletrônica de Direito* jul. 2016, n° 2, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Disponível em <http://www.cje.up.pt/content/ declara%C3%A7%C3%A3o-inicial-do-risco-no-contrato-de-seguro-an%C3%A1lise-do-regime-jur%C3%ADcico-e-breve-coment%C3%A3o>, Acesso em 25.01.17.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito dos Seguros: Apontamentos*, Cascais: Príncipia, 2006.

_____; TORRES, Leonor Cunha; OLIVEIRA, Arnaldo Costa. *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2011.

MARTINS, Manuel da Costa. “Contributo para a Delimitação do Âmbito da Boafé no Contrato de Seguro”. In: *III Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 169-289.

MATTIETO, Leonardo. “O princípio do equilíbrio contratual”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 64, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8^a. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil — Obligations*. Tomo 2, 4^a ed., Paris: Montchrestien, 1965.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. (trad. de Maria Cristina De Cicco). 1^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSALI, Huáscar Fialho. “Custos de Transação”. In: KLEIN, Vínius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 79-87.

POÇAS, Luís. *O Dever Inicial do Risco no Contrato de Seguro*. Coimbra: Almedina, 2013.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6^a ed., NW: Aspen Publishers, 2003.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. “O Risco e suas Vicissitudes”. In: *Temas de Direito dos Seguros*. Margarida Lima Rego (coord.), 2^a ed. (rev. e atual.), Coimbra: Almedina, 2016, pp. 15-37.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUEZ, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

ROOPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVOLD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVOLD, Nelson; PELUZO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3^a ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Véra Jacob de Fradera (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.v. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, v.1.

SCHIMIDT-SZALEWSI, Joanna. “La Période Précontractuelle en Droit Français”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Anné 1990, Vol 42, n° 2, pp. 545-566.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SHAVELL, Steven. “On Moral Hazard And Insurance”. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 93, n° 4, Nov. 1979, pp. 541-562.

SILVA, Adilson Aderito da Silva; BRITO, Eliane Pereira Zamith. “Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista: Um Estudo na Indústria Brasileira”. In: *Revista de Administração Mackenzie*. Vol. 14, n° 1, São Paulo. Jan./fev. 2013, pp. 176-201.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. “Do Dolo”. In: LOTUFO, Renan; outros. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 514-529.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil Comentado*. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

STEELE, Jenny; MERKIN, Rob. *Insurance and the Law of Obligations*. Oxford: University Press, 2013.

TERSI, Flávio H. A., *Código Civil Interpretado*. MACHADO, Costa (org.). São Paulo: Manole, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. “Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica”. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), n° 6, pp. 3733-3789.

TOKARS, Fabio Leandro. “Assimetria Informacional”. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 89-95.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. I, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade.* 2^a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie.* Vol. III, 8^a ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VICENTE, Dário Moura. “A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002”. *Revista CEJ, Brasília*, nº 25, abr./jun. 2004.

_____. *Direito Comparado*, Vol. 1, 3^a ed. (rev. e atual.), Coimbra: Almedina, 2016.

Opinião



Prescrição, notadamente no seguro de Responsabilidade Civil

Ricardo Bechara Santos¹

Palavras-chave: Seguro de Responsabilidade Civil. Prazo de prescrição e seu início. Fato gerador da pretensão. Citação da ação do terceiro prejudicado. Comunicação do segurado ao segurador. Litisdenunciação. Violação do direito. Reembolso. Prescritibilidade. Imprescritibilidade. Suspensão e interrupção da prescrição. Segurança jurídica. Livre acesso ao judiciário. Súmulas do STJ. Interpretação da lei.

Keywords: Civil Liability Insurance. Limitation and its commence. Triggering event of the claim. Summons of the damaged third-party. Communication by the insured to the insurer. Third-Party notice. Breach of right. Reimbursement. Limitability. Ilimitability. Waiver and interruption of limitation. Legal security. Free access to the judiciary. SCJ precedents. Interpretation of the law.

Ao ensejo de consulta a mim dirigida sobre tema específico – **termo inicial da prescrição em seguro de responsabilidade civil** –, pela importância do tema, pareceu-me oportuno transformar as considerações ali postas em artigo e, para melhor visualização e compreensão, iniciar estas considerações com o resumo da dúvida expressada pelo Consulente, nos seguintes termos:

“Embora o art. 206, §1º, II, letra a do Código Civil estabeleça como termo inicial a “*data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado*”, em muitos casos a denunciação é incabível/indeferida e, até o trânsito em julgado da ação proposta pelo terceiro, o prazo de um ano a partir da citação já transcorreu (e muito). A princípio, não faria sentido que o segurado ajuizasse uma ação de cobrança contra a seguradora antes de ter sua responsabilidade civil reconhecida em definitivo (*condenação transitada em julgado*), ou melhor, antes do pagamento da indenização pelo segurado ao terceiro prejudicado. Isto porque, ao não ter feito qualquer desembolso, o segurado não teria (ainda) pretensão de reembolso contra a seguradora. E, sem pretensão, não há fluência de prescrição (princípio da *actio nata*). ”

1 - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro da Associação Internacional do Direito de Seguros – AIDA Brasil. Autor das obras “Direito de Seguro no Cotidiano” e “Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria”. Coautor de diversas obras. Consultor Jurídico da CNseg.

Em suma, como interpretar o dispositivo legal num cenário em que a denunciaçāo é incabível/indeferida? Indo mais além, se a denunciaçāo da lide seria a única forma de exercer a pretensão contra o segurador dentro do prazo de um ano a contar da citação na ação ajuizada pelo terceiro prejudicado, então, na realidade, o prazo não seria de um ano e sim o que é previsto no CPC para apresentar a denunciaçāo da lide?"

Feita assim a consulta, eu me permitiria ensaiar sobre o tema o seguinte entendimento, ainda que, em síntese apertada, cabendo de pronto ponderar que o segurado, para não perder o direito ao reembolso coberto pelo seguro de responsabilidade civil, deve avisar o segurador pelo menos em duas oportunidades: por ocasião do sinistro tão logo dele tome conhecimento (*artigo 771 do CC*) e tão logo seja citado para responder a demanda do terceiro (*artigo 206, § 1º, II, letra a, do CC*).

Não sem lembrar do disposto no artigo 189 do Código, segundo o qual a pretensão do titular do direito, para fins do estabelecimento do *dies a quo* da prescrição, nasceria da violação do seu direito (*no caso do direito ao reembolso*), a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206 do mesmo Código.

Assim é que, a princípio, não seria possível cogitar-se de prescrição, sem que o segurado tivesse adquirido a pretensão contra o segurador, ou seja, antes que o direito ao reembolso, no caso, se tornasse exigível e, por conseguinte, antes que tal direito pudesse ser violado pelo inadimplemento. Todavia, para o seguro de responsabilidade civil especificamente, o legislador deu tratamento próprio e claro para o termo inicial da prescrição ânua do segurado contra o segurador, *in litteris*: “*para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.*” (*CC art. 206, § 1º item II, letra a*).

Realmente, pelo novo conceito legal de prescrição trazido pelo Código Civil de 2002, conjugado à ideia de extinção, não da ação, mas da pretensão (*CC art. 189*), criou-se, por conseguinte, novo critério do termo inicial do prazo prescricional, fixado não mais do fato autorizador da ação, mas do fato gerador da pretensão, a princípio, da violação do direito do titular da pretensão. É dizer, **para alguns**, da negativa ao pedido de indenização ou capital segurado nos seguros que não seja o de responsabilidade civil, por se considerar que o sinistro, a princípio, não violaria direitos do segurado, posto que fato aleatório não praticado pelo presribente; no caso, o segurador. **Para outros**, da ciéncia do sinistro como fato gerador da pretensão, pois o artigo 189 do Código, que apenas estabelece regra geral (*que não exclui as regras específicas, válida a máxima de que toda regra tem exceção*) não diz de que forma e por quem o direito do segurado é violado, e o sinistro pode perfeitamente representar uma forma de violação de direitos,

seja pelo próprio segurado (*seguro de responsabilidade civil*) ou por terceiros, podendo perfeitamente dar inicio, de sua ciência, ao prazo prescricional contra o segurador. Este é o entendimento que não nos parece destituído da melhor lógica, eis que, do contrário, estar-se-ia admitindo a *imprescritibilidade*, que seria o mesmo que negar a própria prescrição e também as regras de hermenêutica, pois o segurador ficaria mercê de um prazo infinito de prescrição, afetando inclusive as suas reservas e provisões técnicas a dano da mutualidade, na medida em que esse prazo não pudesse fluir enquanto não houvesse uma reclamação do sinistro, ao talante do segurado, vez que, quanto mais demorada seja a reclamação mais vão se apagando os vestígios para uma boa regulação, favorecendo, assim, ao segurado emulativo, de má fé. Daí a razão de ainda vigorar a Súmula 229 do STJ, da qual falaremos passos mais adiante, e também de o legislador, no artigo 771 do CC, haver imposto ao segurado a obrigação de avisar o sinistro tão logo saiba, e não tão logo queira, sob pena de perder o direito à indenização.

E tudo quanto se cumplicia com a imprescritibilidade ou que de alguma forma negue a prescrição, não se coaduna com o bom direito, muito menos com o direito constitucional, valendo aqui relembrar a lição de Fábio Medina Osório: “*Sem embargo, a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercé de ações judiciais por tempos e prazos indefinidos ou, o que é pior, perpétuos. Trata-se de uma garantia individual, porém com intensa transcendência social. As relações sociais necessitam de segurança e o direito busca, em um dos seus fins, assegurar a estabilidade na vida e relações...*” (em “Direito Administrativo Sancionador”, RT, SP).

Pode-se daí afirmar, sem rebuços de dúvidas, já que em qualquer dos campos do direito a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral e constitucional da segurança das relações jurídicas, que ela é regra absoluta, enquanto a *imprescritibilidade* é situação excepcionalíssima, valendo a propósito conferir com os magistérios, respectivamente, de Pontes de Miranda e Caio Mário da Silva Pereira: (I) “*A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional*” (Tratado de Direito Privado, Vol. 6, p. 127). (II) “*A prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade a exceção*” (“Instituições de Direito Civil”, Vol. 1, p.147).

O instituto da prescrição está presente no direito e na legislação de todos os povos, desde os primeiros tempos de Roma, como nos informa Câmara Leal (“*Da Prescrição e Decadência*”, Forense-Rio), sendo inegável a sua transcendente importância, notadamente para a instituição do seguro que, por seus sistemas próprios de constituição de reservas e provisões técnicas, necessita contar, sobremaneira, com certa limitação temporal para as demandas e pretensões dos segurados, de modo a que a mutualidade gerida pelo segurador não fique à mercê de uma infinita e dispendiosa manutenção. Por isso, a prescrição é, como dito e redito, instituto criado

como medida de ordem pública, visando a que a estabilidade do direito, das instituições e das relações, seja assegurada, liberando as pessoas, físicas e jurídicas de seus compromissos para que não fiquem eternizadas pelo guante, pela vergasta do tempo.

Com efeito, fechado o parêntesis dentro do qual se inserem os três parágrafos acima, cabe ponderar que o titular do benefício poderia, desde a ciência do sinistro, querendo, ingressar em juízo contra a seguradora independentemente de reclamá-lo administrativamente (*caso em que, segundo o princípio da causalidade previsto no artigo 85, § 1º do NCPC, o segurador se livraria do ônus da sucumbência por não haver dado causa à demanda, já que não lhe fora dada a oportunidade de regular o sinistro*), em se considerando que o aviso de sinistro, em tese, não seria condição da ação, que uma vez intentada determinaria nos termos da lei a interrupção da prescrição. Se já podia o segurado, teoricamente, pretender em juízo a indenização, fiado no princípio constitucional fundamental de livre acesso ao Judiciário – embora não seja essa a melhor postura – desde a ciência do sinistro, sua pretensão já desde aí começa a ficar ameaçada de extinção pela prescrição, ainda que arcando com as consequências do descumprimento do disposto no artigo 771 do CC, qual a da perda do direito a indenização se não avisar de pronto o sinistro ao segurador.

Não obstante o artigo 189 do CC estabelecer, como regra geral, que a violação do direito faz nascer a pretensão, que irá se extinguir pelo decurso dos respectivos prazos prescricionais, no contrato de seguro, particularmente, o fato gerador da pretensão seria a ocorrência do sinistro (*salvo no seguro de RC*), pois é ele que gera a indenização ou o pagamento do capital segurado. Por isso, de sua ciência é que há de começar, em regra, a fluir o prazo prescional, que pode inclusive ser interrompido ou suspenso, até pelo aviso de sinistro e retomado com a formal negativa do segurador, na conformidade da ainda vigente Súmula 229 do STJ.

Esse novo conceito, todavia, qualquer que seja a vertente de entendimento sobre o alcance do artigo 189 do CC, de qualquer sorte não se aplicaria ao seguro de responsabilidade civil – apenas aos demais seguros, tal como disposto no artigo 206, § 1º inciso II, letra b –, mesmo se indeferida ou não cabível a litisdenunciação.

Mas o segurado, nas hipóteses de descabimento ou indeferimento da litisdenunciação requerida, obriga-se a comunicar o fato ao segurador, para que este, querendo, ingresse no feito, digamos, como assistente. Problema inexistirá se o terceiro promover a ação não só contra o segurado como também contra o segurador, estribado na Súmula 529 do STJ, segundo a qual, “*no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.*”

Entrementes, duas opções poderiam se vislumbrar ao segurado: **uma**, a interrupção da prescrição conforme procedimento previsto no NCPC (*Protesto Judicial Interruptivo de Prescrição*), mas que, consoante o artigo 202 do CC, só pode se dar uma única vez, insuficiente ainda para competir com o tempo médio provável de duração de um processo nas varas cíveis; **duas**, argumentar com o fato de que a citação válida (*por extensão do artigo 240 do NCPC*) interrompe a prescrição até o trânsito em julgado da ação que assegure o direito ao reembolso junto ao segurador, nascendo a pretensão do segurado se aquele negar o direito ao reembolso do valor já definido na sentença transitada em julgado.

Conquanto seja certo que a interrupção da prescrição, pela citação a que alude o artigo 240 do NCPC, diga respeito à pretensão do terceiro prejudicado contra o segurado causador do dano, certo também é que a pretensão do segurado contra o segurador, sendo aquele réu na ação do terceiro, é intrinsecamente dependente dessa demanda principal do terceiro, tanto que se esta inexistir inexistirá a pretensão do segurado contra o segurador por não operar a garantia do seguro de responsabilidade civil. Tão relacionadas as duas pretensões que o terceiro pode incluir o segurador no polo passivo, em litisconsórcio com o segurado, consoante a citada Súmula 529 do STJ.

De fato, mesmo a despeito do citado artigo 189 do CC, ainda vige a Súmula 229 do STJ (“*o pedido do pagamento da indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*”), embora erigida sob a égide do Código de 1916. A súmula expressa o inequívoco entendimento da Corte de que o prazo de prescrição já fluía desde o momento em que o segurado tomou conhecimento do sinistro. Portanto, desde antes da reclamação, até porque só se suspende ou interrompe prazo que já tinha curso. Daí também a importância de que o segurado esteja em dia com sua obrigação de comunicar o segurador. Se não o fizer, aí sim, sua pretensão poderá ser irremediavelmente extinta pela prescrição ao cabo de um ano.

Posto assim, aquela mencionada interrupção, pela citação, do artigo 240 do NCPC repercute na pretensão do segurado contra o segurador, desde que, se acaso impossível a litisdenunciação, o segurado, como dito, proceda às comunicações ao segurador, dentre as quais a de que está sendo citado para responder a demanda do terceiro, possibilitando ao segurador, querendo, ingressar no feito e acompanhá-lo até final, ao menos como assistente. Afinal, tanto o segurado quanto o segurador têm um mesmo interesse, qual o de que a demanda do terceiro seja julgada improcedente.

Se o segurador negar ou contestar a pretensão do segurado no curso da demanda (*e isso pode mesmo acontecer; por exemplo, se o dano que causar ao terceiro decorrer da condução do veículo segurado estando o condutor em estado de embriaguez*, consoante jurisprudência recente do STJ, no julgamento do REsp nº 1.441.620, de

relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, que reconheceu a validade da cláusula excludente na garantia no RCF – Responsabilidade Civil Facultativa – e por agravamento de risco consoante o artigo 768 do CC), o prazo de prescrição em tese continuará suspenso, até o trânsito em julgado da sentença que dá advier. A decisão do segurador, pois, por si só não tem o poder de paralisar a ação; só a do juiz.

Cumprindo o segurado a sentença, indenizando o terceiro exequente, recomeçaria a fluir daí a prescrição ânua contra o segurador pelo prazo restante, inclusive segundo a citada Súmula 229 do STJ.

Dependendo do teor da sentença, o próprio terceiro teria um título executivo judicial para executar direta e solidariamente o segurador, podendo entrar em cena a *Súmula nº 537 do STJ* se o segurador contestar o pedido. Afinal, não seria justo o segurador se aproveitar, digamos, da eventual inidoneidade econômico-financeira do segurado para responder a execução, quando existe uma sentença transitada em julgado, líquida e certa, sem mais o que se discutir. A não ser, obviamente, que a sentença seja omissa em relação ao segurador ou que não reconheça direito do segurado ao reembolso, hipótese em que o segurador poderá embargar a execução, até por não figurar no título executivo. Assim como poderá contestar a própria demanda do segurado se este cumpriu a sentença. Seja nos embargos seja na contestação, o segurador aduzirá as razões da recusa, pela não cobertura do seguro, se for o caso.

A lei, afinal, seja para essa ou aquela parte, precisa ser tocada pela interpretação, máxime diante de um Código principiológico como o é o CC de 2002, construído com base no sistema de cláusulas abertas, dando força à jurisprudência dos tribunais para solução de situações lacunas da lei, pois já estamos vivendo, não o sistema do *common law*, praticado nos países de origem saxônica, mas o do *civil law*, mais apropriado aos países de origem latina, do direito codificado, como o nosso. Demais, assim como a partitura não esgota a música, a lei não esgota o direito.

Este, em síntese, o resumo de meu entendimento, *sub censura* dos doutos.

Referências:

- Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, Vol. 1, p.147).
- Câmara Leal (Da Prescrição e Decadência, Forense-Rio).
- Fábio Medina Osório (Direito Administrativo Sancionador, RT, SP).
- Nancy Andrighi (Ministra relatora no REsp nº 1.441.620).
- Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, Vol. 6, p. 127).

A conquista da consciência do Mercado Segurador em novos caminhos na gestão dos seus conflitos

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva¹

Sumário: 1. A Atualidade do mercado segurador e o apelo à incorporação aos métodos adequados de resolução de conflitos. 2. A relação entre as partes e multipartes do contrato de seguro – novos paradigmas. 3. A regulação dos sinistros roga pela mediação. 4. O resultado positivo entre a solução dos conflitos versus a judicialização. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. A atualidade do mercado segurador e o apelo à incorporação aos métodos adequados de resolução de conflitos

Na atual conjuntura da economia brasileira, o mercado securitário destaca-se por seu crescimento com números na casa de bilhões na arrecadação de prêmios em todos os ramos, propiciando uma sociedade mais protegida em relação aos riscos expostos.²

Em plena ascensão econômica, o contrato de seguro direciona-se no movimento paradoxal de paralisação e risco de declínio, pois a sua estrutura jurídica ainda apresenta-se *pré-histórica* no tocante aos seus clausulados engessados e repetitivos, indicando a extrema urgência

1 - Advogada. Mestre em Direito Contratual e Direito Civil. Professora nos cursos de especializações *lato sensu* em Contratos (Mackenzie), em Gestão de Contratos de Seguro Saúde (Centro Universitário São Camilo). Mediadora em diversas Câmaras Privadas. Presidente do Grupo de Solução de Conflitos da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA.

2 - O surgimento de produtos, somado à aguardada recuperação da economia brasileira, descortina um cenário animador para o mercado de seguros em 2017. Após alta real de 4,2% em 2015 e um avanço em trono de 1% ao meio às turbulências da crise nacional em 2016, o setor projeta iniciar uma consistente retomada neste ano. Informação disponível no jornal “Folha de São Paulo”, 31 de outubro de 2016, “Caderno Especial Estúdio Folha” projetos patrocinados pela CNseg sobre “Educação em Seguros”.

de uma transmutação no desenho da gestão de sua regulação. Outro aspecto sensível deste contrato pode ocorrer após a eventual negativa de um sinistro liquidado que pode ensejar um grande obstáculo aos seus avanços econômicos que são ameaçados, em segundos, na propositura de ações judiciais sem a real análise dos riscos existentes para a seguradora e para o segurado.

Com o movimento automático de judicializar sinistros negados, os particulares apenas transferem a discussão à máquina do Poder Judiciário sem se atentar que esta decisão pode anular toda a estrutura do sinalagma contratual desenhado naquele contrato de seguro com riscos pré-determinados e específicos. Mesmo que haja discussão judicial de um contrato de seguro por adesão, os riscos foram conhecidos previamente pelos contratantes, que desejaram adquirir neste formato, e não podem ser anulados com fundamento em legislações que não tutelam o mutualismo.

Como é de conhecimento público, no sistema judiciário brasileiro não há a certeza da decisão final a ser proferida pelo juiz. Esta incerteza agrava-se pelo fato de que o artigo 47³ do Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao contrato de seguro e pode esvaziar todo o conteúdo negocial, impingido nas cláusulas previamente ajustadas, pois “a reação dos tribunais que passam a julgar de forma aparentemente diferente – determinando novas bases de entendimento para as cláusulas contratuais – antes intocadas ou apenas inertes”.⁴

Neste cenário real, questiona-se: as necessidades dos *players* de um contrato de seguro estarão salvaguardadas neste sistema de judicialização automática? Com certeza, a resposta é negativa. E sob o corolário de criar-se maior proteção equânime ao contrato de seguro, é que a resposta negativa ganha reflexos de maior repercussão! Não basta modificar textos dos clausulados; é necessário reestruturar a gestão dos contratos de seguros desde o início de um eventual conflito emergente. A solução direciona para a adoção de um novo sistema de lidar com os conflitos oriundos do contrato de seguro.

3- CDC. Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

4- POLIDO, Walter A. “Sistemas jurídicos: Codificação específica do contrato de seguro. Da necessidade ou não da positivação de microssistema para o Direito securitário brasileiro.” Texto publicado na *Revista dos Tribunais* Vol. 864. Ano 96 – Outubro de 2007, São Paulo: RT, pp. 45-63.

Desde o ano de 2010, a solução parece iniciar um novo caminho pela concretização da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Com o objetivo de incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais, a Resolução 125/2010 regulamentou a conciliação e a mediação em todo o país, estabeleceu diretrizes aos tribunais e instituiu os princípios norteadores que deveriam ser observados na aplicação desses métodos.⁵

Com a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.266/2016), a expectativa é que a solução para a resolução dos conflitos está pronta e autoaplicável; já que ambos os diplomas legais reforçaram: (i) a arbitragem como jurisdição; (ii) a conciliação como um método eficiente; e (iii) a mediação como um método adequado aos conflitos de relações duradoras que necessitem de uma resolução em um ambiente confidencial e com especificidade técnica necessária.

Neste novo cenário – iniciado há sete anos – a movimentação dos operadores do Direito na interpretação conjunta destas duas leis induz toda a sociedade – consumidor e fornecedor – a solicitar que suas pretensões resistidas sejam solucionadas por meio dos métodos adequados de resolução de conflitos. Na formatação deste novo sistema, há alguns feixes a serem analisados: a conciliação seria mais indicada para conflitos mais massificados enquanto que a mediação é indicada para conflitos de seguros de grandes riscos, com complexidade técnica exigida a ser conduzida por um mediador neutro convededor do mercado de seguros e capacitado nas técnicas da mediação. Não abordaremos neste artigo a arbitragem aplicada aos contratos de seguro, na medida em que o novo cenário iniciado com a Resolução CNJ nº 125/2010 impulsiona a eficácia dos métodos autocompositivos para os conflitos securitários para a abertura de novos caminhos na gestão dos contratos de seguro.

No entanto, a expectativa acima ainda não se realizou no mundo concreto das relações privadas entre os indivíduos em conflitos, especialmente no mercado segurador!

5 - Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. (Acesso em 26/03/2016).

Eis aqui a constatação de mais um paradoxo vivenciado no mercado securitário brasileiro, já que nos Estados Unidos e Europa – regiões onde está sediada a maioria das sedes das seguradoras e corretoras de seguro – a mediação é um instrumento valioso para reduzir contingências e ainda reestabelecer um novo caminho para a execução ou conclusão do contrato de seguro nos exatos termos contratados pelos segurados.

Este paradoxo é traduzido para um desafio ao mercado segurador, que nos dias contemporâneos precisa reformular a gestão da sua regulação sem se afastar da sua fonte principiológica, que nasce e termina na relação construída com o segurado.

O instrumento que garante a reconquista da relação com o segurado – em caso de conflito ou mesmo sua manutenção em relações duradouras – consiste na eleição da mediação, já que este método justifica-se aos conflitos oriundos do contrato de seguro posto que *insurance disputes are prime candidates for Mediation for a number of reasons. It allows the parties to gain the insight of an agreed-upon, truly neutral expert in insurance law and practice, a characteristic not shared by all judges. It allows the parties to more candidly identify (through the mediator) their true obstacles to settlement and to address complex scientific and economic issues that are often not well-suited for litigation, such as the allocation of loss among potentially liable insurers. Finally, it allows the parties to settle issues in a more comprehensive – and often creative – fashion than may be possible in litigation, with the assistance of someone who likely has a better understanding of what the market will bear in similar circumstances.*⁶

Internacionalmente, as seguradoras e corretoras podem socorrer-se da Lei Modelo, *Model Law on International Commercial Conciliation*, elaborada pela *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, em 2002, para eleger a mediação aos seus contratos e apólices no contexto privado empresarial.

Dentro do sistema legislativo internacional, o Uniform Mediation Act, elaborado em conjunto com a American Bar Association, define o processo de mediação como: *a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute.*⁷

6 - PLUMER, Mark J. ‘*New Appleman Insurance Law Practice Guide*. Vol. 2. Chapter 25. ORRICK, Herrington & Sutcliffe LLP. 2008.

7 - *Uniform Mediation Act*, 2003. “Mediação é um processo em que o mediador facilita a comunicação e a negociação entre as partes para auxiliá-las a chegar a um acordo voluntário sobre sua disputa”. (Tradução nossa). Disponível em <http://www.uniformlaws.org/_shared/docs/_mediation/uma_final_03.pdf> (Acesso nem 26.03.2017).

A proposta de incorporação do processo de mediação dentro do mercado de seguros vai criar o sustentáculo necessário para vencer o desafio comentado anteriormente, ou seja, proporcionar aos mediandos – partes da mediação – reenquadrar a visão inicial traumática do conflito para um novo norte que sob a condução do mediador os interesses contrapostos serão tratados de acordo com assuntos técnicos da matéria securitária que não encontram espaço para uma análise mais profunda no sistema Judiciário dentro de um processo estruturado e mais ágil.

O encaminhamento dos conflitos securitários para a mediação trará para a indústria de seguros: (i) redução de custos judiciais; (ii) menor impacto na Provisão de Sinistros a Liquidar - PSL das Seguradoras; (iii) redução do desgaste das relações entre seguradoras, corretores e resseguradores; (iv) investimento do mutualismo mais a favor do grupo segurado e não apenas de um determinado segurado; (v) profissionalização do mercado a fim de que haja maior atrativo para as resseguradoras estrangeiras efetivarem relações no Brasil.

Em consequência, a construção da nova realidade da relação securitária, seja entre seguradora e segurado ou mesmo entre as multipartes citadas no parágrafo anterior, depende da inclusão do instrumento de mediação na gestão dos contratos de seguro, pois este método de solução não visa apenas conceder os direitos ao sujeito hipossuficiente da relação – normalmente o segurado – mas tem por objetivo comum a conquista do equilíbrio da comutatividade desta espécie contratual, que existia no momento da emissão da apólice e pode ter se perdido durante a execução do contrato.

2. A relação entre as partes e multipartes no contrato de seguro – novos paradigmas

Se a formalização do contrato de seguro ocorre com base na relação de confiança criada entre as partes a sua finalização, diante do surgimento de algum interesse contra-proposto por meio do conflito, também será concretizada por meio do resgate do equilíbrio e do respeito ao direito e dever de cada parte.

O fim de um contrato de seguro, no qual o conflito esteja instaurado entre as partes, urge pela adoção de novos paradigmas, tanto por parte da seguradora, quanto por parte do segurado, posto que não há mais espaço para que o capítulo final deste desentendimento seja uma sentença ou um acórdão proferido por um Tribunal superior.

O amadurecimento do mercado de seguros, traduzido pelo alto volume de prêmios arrecadados, precisa também se refletir na maturidade das partes em conduzirem seus conflitos por meio de um método de autocomposição que seja neutro, sério, confidencial, técnico e ágil. Em outras palavras, por meio da mediação privada e especializada no contrato de seguro.

Não se pode mais adiar este movimento de transmutação que os *players* do mercado de seguro precisam concretizar e avançar!

Existe um fator a contribuir neste avanço que é o fato de que a mediação pode ser proposta por qualquer uma das partes, mesmo que não haja previsão contratual para sua utilização.

A única exigência consiste na adesão de fato e de direito pela outra parte para participar do processo de mediação, por meio de um representante da empresa – se pessoa jurídica – com poderes de transigir e decisão, ou mesmo a pessoa física, mas ambos acompanhados dos seus respectivos advogados.

A propositura da mediação posterior ao conflito já instaurado também é mais um sinal do amadurecimento do mercado segurador oriundo da educação do segurado e da seguradora e/ou do corretor, e/ou do ressegurador.

A educação a ser conquistada na eleição prévia ou posterior da mediação como método para resolver um conflito bilateral ou plurilateral enquadra-se na estrutura equânime e equilibrada do contrato de seguro, o qual não é celebrado para garantir todo e qualquer evento ocorrido com o segurado, mas apenas e tão somente aquele risco pré-determinado que o próprio segurado elegeu no momento da contração do risco.

Se o segurado possui conhecimento necessário ou conta com o auxílio do corretor para contratar seguro específico para um determinado evento que pretende proteger, por que este entendimento não pode perdurar no momento de conflito contratual?

A educação do segurado dentro dos limites e efeitos do contrato de seguro apenas será possível com o correto enquadramento do seu empoderamento na relação de consumo.

Com efeito, não existe mais margem para a oferta e vigência da apólice do seguro sem que o segurado tenha o correto e exato entendimento das

coberturas contratadas, dos seus direitos, mas também dos seus deveres e especialmente destes, pois o contrato de seguro difere da regra padrão da cadeia consumerista – segundo a qual o fornecedor de serviços e produtos deve atender integralmente os pedidos do consumidor – na medida em que a seguradora apenas irá cumprir o que foi exatamente contratado previamente pelo segurado.

Não se pode olvidar que uma negativa de sinistro ou um pagamento da indenização securitária não tem efeitos apenas sob aquele determinado segurado. Muito pelo contrário, a decisão técnica e fundamentada da seguradora ao final do processo de regulação de sinistro atinge uma multiplicidade de partes, ou seja, o grupo de segurados, a cosseguradora, a corretora, a resseguradora etc.

E estas consequências não podem mais ser ilimitadas e desproporcionadas ao exato risco pré-determinado contratado, como acontece em algumas decisões judiciais.

O encaminhamento do conflito securitário para a mediação permite a salvaguarda dos interesses de todas as partes envolvidas (seja uma relação bilateral ou plurilateral), sem o afastamento do rigor técnico necessário no contrato de seguro, premiando uma zona de reequilíbrio contratual por meio de um possível acordo ou mesmo pela construção de um novo ambiente de diálogo entre as partes, que pode ser um outro desafio mas traduz a medida efetiva e necessária para estancar os danos financeiros e de imagem decorrentes da propagação de um conflito estendido no tempo.

O resultado da submissão de um conflito a um processo de mediação privada envolve atualmente um desafio a ser transpassado, pois ... *insurance disputes often involve multiple insurers, which creates Mediation challenges. If not handled properly, mediation with a group of insurers may give rise to a 'pack' mentality among the insurers, each assuring the other that its position is sound insurers natural tendency to avoid any settlement that may appear to require them to overpay vis-à-vis their co-insurers on the risk. An insurance mediation also may be a fruitless exercise if the insurers do not invoke sufficiently high-ranking principals to enable them to engage in a meaningful dialogue at mediation.*⁸

Mas ressalte-se que não é um desafio insolúvel! Ao contrário: é a abertura de um novo caminho para que os *players* do mercado de

8- PLUMER, Mark J. *New Appleman Insurance Law Practice Guide*. Vol. 2. Chapter 25. ORRICK, Herrington & Sutcliffe LLP. 2008.

seguro possam gerir seus conflitos de modo mais estratégico, maduro, eficiente e com custo operacional, financeiro, estatístico e de imagem reduzido – se comparado ao processo judicial ou arbitral.

A decisão madura e consciente do mercado segurador para encaminhar seus conflitos para a mediação resultará na concretude de uma nova dimensão para seus litígios, pois, ao invés de criar precedentes por meio das jurisprudências publicadas pelos Tribunais com algumas interpretações equívocadas dos princípios e elementos do contrato de seguro, o mercado securitário brasileiro começará a utilizar a mediação a fim de construir uma nova consciência da interpretação do contrato, que terá outro desdobramento positivo: a educação do segurado e a reeducação do mercado como um todo diante de um conflito gerado.

Além disso, a construção desta consciência por meio do uso da mediação causará a propagação da correta aplicabilidade das regras do contrato de seguro, além de educar o segurado quanto aos limites e extensão das coberturas contratadas e do real funcionamento da garantia adquirida no contrato de seguro.

A concretude de novos paradigmas para a gestão do contrato de seguro não termina apenas nos benefícios apresentados acima; ainda, há a coroação do reestabelecimento do diálogo com o segurado no momento do conflito; bem como os demais *players* se tiverem vínculo direto com o problema vivenciado.

A cultura do contrato de seguro clama pelo reestabelecimento do diálogo entre seguradora e segurado, bem como seguradora e/ou resseguradora e ainda com o corretor.

A atual judicialização exacerbada, além de ser uma trava nesta relação, causa prejuízos imprevistos e de grande reflexo para todas as partes desta espécie contratual.

Uma das medidas preventivas para se evitar a judicialização consiste na adoção de *iniciativas renovadoras e transformadoras que imprimirão um novo modelo de gestão e de atuação para o setor securitário, quer no âmbito privado, quer no público, sendo todas elas necessárias e urgentes*.⁹

9-POLIDO, Walter A. “Reflexões sobre a Necessária Modernização do Mercado Segurador Brasileiro como Fator de Proteção dos Consumidores de seguros. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil: direito empresarial e direito do consumidor*”. Coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

A aposta ora proposta no processo de mediação está em consonância com estas medidas necessárias e urgentes, pois garante o reestabelecimento do diálogo e o reenquadramento da situação conflituosa, evita que o capítulo final seja o litígio como o recurso mais usado atualmente para a resolução de conflitos, mesmo com a consciência unânime que a judicialização não traduz a tecnicidade exigida pelo Seguro e ainda com a certeza da morosidade e do alto custo de manutenção de um processo.

Todos os agentes que estão envolvidos nessa relação, sejam eles pontes ou elos entre os consumidores e o setor de seguros, devem estar alinhados com o propósito do não litígio, do entendimento, dos limites dos direitos e das necessárias obrigações. Este comportamento deve ser intuitivo nos jurídicos internos e externos.¹⁰

O diálogo que pode ser conquistado durante o processo da mediação vem de encontro com a Era do Diálogo, que surgiu há cinco anos com o objetivo de prestigiar uma cultura de confiança nos agentes das relações de consumo do Brasil, no qual se insere o contrato de seguro.

O reequilíbrio pode ser atingido por meio da construção de uma cultura baseada na transparência e no diálogo entre as partes do contrato de seguro é uma necessidade do mercado segurador brasileiro. Por que um mercado consumidor em desenvolvimento, que gera tantas oportunidades para empresas e consumidores realizarem sua proteção financeira através dos seguros, apresenta tantos conflitos que se resolvem apenas esfera judicial?

A condução dos conflitos securitários implora por mudanças concretas, como a proposta da incorporação da mediação na gestão dos seus contratos.

A mudança ora proposta para o mercado segurador vem ao encontro da política pública, ENAJUD – Estratégia Nacional de não Judicialização.

Dentro da ENAJUD, a conciliação é uma alternativa simplificada e pacífica de resolução de conflitos judiciais, na qual as partes entram

10-PETRAROLI, Ana Rita. “O não diálogo e a judicialização”. Revista Opinião. Seg. Editora. Número 13. Novembro 2016. ISSN 2176-5944. Editora Roncarati.

em acordo e encerram o processo judicial de maneira eficaz, rápida e satisfatória para ambos os lados.

Mesmo que os *players* do mercado de seguro queiram aderir à referida política pública, para que a transmutação ocorra de fato, é necessário que todas as partes do contrato de seguro avancem um passo à frente, pois se a posição passiva continuar apenas por meio da observância da Resolução CNJ nº 125/2010, da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e do novo Código de Processo Civil, a mudança continuará presente apenas na superfície das relações.

Sendo assim, o mercado segurador precisa lançar as novas bases desse diálogo, visando à redução de conflitos, valorizando a força do relacionamento que é a chave para o início da relação, bem como para o término da mesma.

3. A regulação dos sinistros roga pela mediação

Resolver disputas que envolvam indenizações securitárias, decorrentes da cobertura ou não dos riscos, previstos nas apólices através do processo de mediação exige uma criteriosa avaliação de três elementos: (i) a apólice de seguro; (ii) as normas contratualmente estabelecidas para o cumprimento da apólice, e; (iii) sinistros anteriores negados com as mesmas regras das apólices que foram discutidos em juízos, com a desnaturação das cláusulas do seguro por interpretação extensiva e ampla da apólice.

A eleição da mediação, antes da judicialização ou da instauração da arbitragem, permite uma aproximação mais efetiva das partes para resolver as disputas eventualmente decorrentes do resultado da regulação do sinistro.

A mediação convida as partes e seus advogados a avaliarem os pontos fortes e os pontos vulneráveis de cada tese jurídica e principalmente na sustentação de suas posições, seja pela manutenção da negativa da indenização securitária, seja pela certeza do direito líquido e certo por parte do segurado para receber a indenização securitária.

O mediador, ao conduzir o processo de mediação, trabalhará com as partes as duas faces desta avaliação, a fim de conduzir os mediandos a introduzirem diferentes possibilidades de resolver a disputa sem a necessidade de contar com a decisão de um terceiro.

Embora o processo de mediação não seja o ambiente para avaliação de provas pelo mediador, ele é um espaço propício para ambas as partes, em conjunto, reavaliarem todo o parecer de regulação do sinistro, bem como elas têm a faculdade de contratar um perito especialista no ramo de seguro da cobertura securitária reclamada, a fim de que aquele profissional emita um parecer técnico que possa aclarar os pontos fortes e os pontos vulneráveis de cada parte na série de suas posições.

Em um processo judicial ou arbitral, a seguradora normalmente tem o ônus de provar que aquele determinado evento não estava previsto, e nem coberto, pela apólice contratada; ou, ainda, que o sinistro sofrido pelo segurado enquadra-se em um risco excluído.

Por sua vez, no processo de mediação, a seguradora terá a oportunidade de dialogar, negociar e analisar tecnicamente e em conjunto com o segurado os motivos da negativa do sinistro não pago e, ao mesmo tempo, ouvir as proposições do segurado, com outra visão, conforme as técnicas a serem usadas pelo mediador.

De fato, o papel do mediador neste momento será um divisor de águas no reenquadramento do conflito instaurado. O mediador é um agente neutro, capacitado, com técnicas específicas e com negociação voltada aos meandros do contrato de seguro, que conduzirá as partes a uma nova visão de suas posições, a fim de atingir os reais interesses subjacentes que, por vezes, na negociação direta não são alcançados e nem pressentidos pelas partes.

A responsabilidade do mediador compreende desde o reenquadramento do conflito dentro das condições gerais e especiais da apólice, como também a análise técnica da cobertura e o entendimento da lei aplicável e dos precedentes judiciais conhecidos.

O mediador deve dividir com as partes as descobertas advindas do desenvolvimento do processo, bem como incluir opiniões e implicações de cada caso, nos quais as partes irão trazer à baila por meio de seus conhecimentos e também dos argumentos e visões jurídicas sobre a questão.

Por fim, se o trabalho do mediador é entender todos os reflexos do conflito apresentado, sua função essencial é fazer com que as partes apresentem seus pontos fortes na manutenção de seus pontos de vistas, e também as fraquezas das teses de cada lado. O

diferencial do trabalho do mediador será vivenciado pelas partes como oportunidade racional de resolver a disputa entre elas, obtendo um resultado positivo através da mediação.

Vale ressaltar que o movimento do mercado segurador na aplicação de métodos adequados de resolução de conflitos não é uma meta tão distante, na medida em que, no ano de 2014, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹¹ realizou um movimento, durante dois dias, com as seguradoras, para negociarem com os segurados nos processos já ajuizados; e o resultado deste evento foi o percentual de acordo de 56,3% dos processos encaminhados.

Foram incluídos no evento processos da Indiana Seguros S.A, Tokio Marine Seguradora S.A, Allianz Seguros S.A, Itaú Seguros S.A, Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A, Mapfre Vida S.A, Unibanco Aig Vida e Previdência S.A e Zurich Minas Brasil Automóveis S.A. As sessões foram promovidas pelo Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC, e pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Brasília – CEJUSC/BSB, e aconteceram no 10º andar do Bloco “A”, do Fórum de Brasília.

Se houve o engajamento das seguradoras de participarem deste evento – como também há dados estatísticos da participação delas nas Semanas Nacionais de Conciliação promovidas por grande parte dos Tribunais Brasileiros –, o próximo passo para adotar a mediação para evitar a judicialização é uma simples questão de mudança da visão do impacto do custo do conflito aliada a uma gestão estratégica eficaz, que visa a preservar o relacionamento entre as partes do contrato de seguro.

4. O resultado positivo entre a solução dos conflitos versus a judicialização

Não é necessário discorrer muitas linhas para convencer o leitor de que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se hoje com mais de 100.000.000 (cem milhões) de processos ativos que aguardam resolução.¹² A atividade

11 - Conciliações com seguradoras alcançam mais de R\$ 340 mil em valores negociados. <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/abril/conciliacoes-com-se...02/05/2014> por MLC – publicado em 30/04/2014, 19:10h.

12 - Dados obtidos no site <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em 10.08.2015.

litigiosa do país acentuou-se nos últimos anos porque “não temos no Brasil a tradição da solução de conflitos por mediação ou arbitragem”.¹³

Diante deste cenário, as partes são chamadas a assumir seu papel de protagonista na condução de um contrato celebrado, posto que, ao surgir um conflito, elas, com fundamento na cláusula de mediação inserida no contrato em sua assinatura ou, posteriormente, por meio de aditivo contratual, também deverão nortear os rumos que pretendem dar à inexecução de uma obrigação.

Este dever é muito mais vantajoso do que transferir a resolução daquele determinado problema para um terceiro, seja um árbitro ou um juiz, porque o controle da finalização de um descumprimento, total ou parcial, do contrato com base no regramento formado pelas próprias partes garante o direito destas de ajustarem seus interesses, customizando nova realidade a ser formada ao ampliar ou restringir o exercício de seus poderes, ônus, faculdades na resolução da quebra contratual a ser enfrentada.

Tais ingredientes compõe o diferencial existente na efetividade privada – que não existe na judicialização –, ao criar oportunidade única para as partes contratantes, antes de acionarem qualquer método heterocompositivo, recorram à mediação porque: “... a mediação cria condições justas e igualitárias entre as partes, para que a solução para o conflito seja vantajosa e satisfatória para ambas as partes, sem que uma obtenha vantagens em detrimento da outra”¹⁴.

13- CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014 p. 135.

14- “Presentes os seus pressupostos, o processo de Mediação acumula melhores condições para o desenvolvimento de soluções criativas e mutuamente satisfatórias, pelos seguintes motivos: (a) a maioria dos conflitos não envolve apenas direitos e deveres regulados por lei, mas muitos outros fatores que a lei não pode regular e que são de grande importância para a satisfação das partes. A proposta de investigação mais abrangente do mediador leva em conta estes fatores alheios ao ordenamento jurídico, que não seriam observados pelos demais métodos de resolução de conflitos; (b) na distinção entre “o que se pede” e “por que se pede”, normalmente se observa que os valores básicos para as partes, aqueles que realmente importam, podem ser atingidos de muitas maneiras diferentes, sendo várias delas mais facilmente acessíveis do que as inicialmente pedidas; e (c) graças à confidencialidade do processo, o mediador tem acesso a informações que não seriam reveladas de outra forma”. ASSMAR, ‘Legislação Brasileira no que tange a mediação de conflitos’. Mais informações: http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html/.

É importante destacar que a efetividade privada não está associada à garantia da celebração de acordo em todo e qualquer processo de mediação. Mas, “mesmo quando o acordo não é atingido, a mediação pode proporcionar benefícios às partes, permitindo uma melhor comunicação e delimitando as divergências para que estas sejam melhor solucionadas em outro foro”¹⁵. Não só isto, a finalização de uma mediação sem a formalização de um acordo na data de fechamento do seu processo, não significa que os mediandos, que retornarão as suas posições de simplesmente partes contratantes, não possam manter contato para uma transação futura.

Se a cláusula de mediação permite uma solução vantajosa satisfatória para ambas as partes, a sua inclusão nos contratos torna-se decisão inteligente pela sua utilização voluntária deliberada por todos os contratantes, cuja vantagem é valorada pela americana Edna Sussman¹⁶ ao estabelecer seis benefícios da mediação em detrimento do processo de arbitragem e do litígio judicial: “*Speedier resolution*¹⁷, *Reduced cost*, *Streamlining the issues and exchange of information*¹⁸, *Party Control*, *Confidentiality*, *Flexibility*. E Lia Regina Castaldi também contribuiu neste cerne ao sustentar que uma das vantagens de um processo de mediação é que não existe a cadeira do juiz, a mais alta de todas.¹⁹

A redução dos custos decorrentes do conflito, a satisfação das partes quanto ao resultado e o efeito na relação contratual²⁰ também são elementos que os contratantes vão encontrar no processo de mediação, com a garantia da sua aplicabilidade.

15 - WATANABE, Kazuo e GABBAY, Daniela Monteiro. “O Pacto de Mediação Empresarial”. *Revista Brasileira Arbitragem*, nº 46. pp.7-19, abr./jun.2015. p. 9.

16 - WATANABE, Kazuo e GABBAY, Daniela Monteiro. “O Pacto de Mediação Empresarial”. *Revista Brasileira Arbitragem*, nº 46. p.7-19, abr./jun.2015, p. 9.

17 - *Investor state arbitration is generally a lengthy process; the average length of an arbitration proceeding at ICSID is three years and jurisdictional and arbitrator challenges are common. The case may go on even longer if there is an annulment proceeding under the ICSID rules.*

18 - *If the mediation process is commenced at the beginning of the arbitration, the parties can work with the mediator to determine if any exchanged of information is necessary before a meaningful conversation can be conducted. (...).*

19 - SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. “Mediação nas e entre empresas” in “*Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*”. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 115.

20 - URY, William; BREIT, Jeanne e GOLDBERG, Stephen. Resolução de conflitos. Concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos. Trad. Soares Franco, L. Portugal. Actual Editora, 2009, pp. 43-45.

Em outras palavras, vivencia-se um momento histórico de mudança de paradigma para que os sujeitos de direito visualizem a chance da oportunidade existente na manutenção, equilibrada e saudável, dos princípios contratuais da autonomia privada, boafé, dignidade da pessoa humana, força obrigatória do contrato, função social dentro do contexto da cláusula de mediação, a qual é a única ferramenta que possibilita um ambiente neutro, confidencial, voluntário, de preservação dos interesses de cada contratante e, ao mesmo tempo, de junção dos diretos e poderes das partes dentro de técnicas específicas para trabalho da comunicação e negociação.

Neste novo momento, a figura do advogado é importantíssima, enquanto convidado a aplicar práticas colaborativas e de negociação durante o processo de mediação, haja vista que *the use of mediation is essential for this new black belt lawyer and the next years will definitely prove it. As multi-step clauses are very often present in contracts, the new interfaces of mediation and negotiation with other dispute resolution practices such as arbitration, expert witness and litigation will ever more frequently become the birthplace of solid solutions.*²¹

Em suma, o intérprete do contrato, as partes contratantes e o advogado precisam, ao menos, aceitar o convite para analisar os benefícios que a cláusula de mediação pode trazer ao regramento do contrato elaborado pelas mesmas. Não se trata de convencimento do que é melhor ou pior; trata-se do exercício da livre escolha das partes de como querem conduzir a sua relação civil e/ou comercial diante do conflito.

5. Conclusão

Dentro de uma perspectiva analítica do atual cenário econômico, juntamente com a realidade vivenciada nos dias contemporâneos da experiência do sistema judicial de resolução dos conflitos, o caminho adequado para os *players* do mercado de seguro traçarem uma estratégia eficaz e diferenciada parece estar escondido por traz destes grandes muros de legitiosidade.

21 - MAIA, Andrea e ANDRADE, Juliana Loss de. *Mediation and Black Belt Lawyer*. Artigo publicado no *III Annual Brazil Mediation Congress - CPR/CAMARB* realizado em 24 e 25 de abril de 2015, em São Paulo.

Questionamentos existem!

Dúvidas pairam no ar! No entanto, se a maturidade do mercado securitário não enfrentá-las, corre-se o risco de haver um declínio de gestão dos contratos de seguros e, talvez, uma retração do mercado, já que o uso das mesmas ferramentas por mais de 20, 30, 50 anos já se mostraram ineficazes, e criaram uma barreira entre a boa prática do seguro e o relacionamento com o segurado.

É de conhecimento notório que as relações do mercado securitário são cíclicas, e normalmente encontram-se entrelaçadas entre os *players* e operadores deste mesmo mercado.

O feixe destas relações é a grande riqueza do mercado, mas também o grande desafio. Em outras palavras, como obter o equilíbrio de todas estas relações, preservando o interesse de todos os envolvidos, sem esvaziar a estrutura do mutualismo do Seguro?

O método mais adequado de resolução de conflitos e que mais se aproxima dos interesses bilaterais ou multilaterais das partes é a mediação, que funciona como um microscópio que observa os relatos das partes e cada interpretação apresentada por elas, ampliando os pontos subjacentes que por vezes não são expressos de forma objetiva e podem ser uma das causas do conflito.

Para a conquista da nova gestão ora proposta, a mediação terá um papel duplo, pois, ao mesmo tempo em que ela pode ser uma ferramenta eficaz, para tratar do início de eventual conflito surgido, desde o momento da regulação do sinistro ou no momento posterior à comunicação da negativa, ela também pode ser um salvo-conduto para as partes reduzirem contingências na propositura de ações, cujos valores adicionais gastos com o custo do processo poderia ser revertido para verba estimuladora a um acordo a ser obtido no processo de mediação.

O estímulo ao enfrentamento da transmutação necessária na gestão dos seus conflitos consiste na concretude de novas ações que precisam ser incorporadas desde o início da regulação dos sinistros até a fase de sua conclusão, estendendo-se – caso necessário – para o mapeamento e avaliação técnico-jurídica dos riscos contemplados na propositura de uma ação ou na posição passiva de aguardar-se

a citação de um processo, cujo termo final e a decisão são fatores indeterminados e imprevisíveis, que não correspondem à estrutura do contrato de seguro que visa a tutelar fatos pré-determinados e riscos previsíveis.

6. Referências bibliográficas

CARLINI, Angélica. “*Judicialização da saúde pública e privada*”. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

MAIA, Andrea e ANDRADE, Juliana Loss de. *Mediation and Black Belt Lawyer*. Artigo publicado no *III Annual Brazil Mediation Congress - CPR/CAMARB* realizado em 24 e 25 de abril de 2015 em São Paulo.

PETRAROLI, Ana Rita. “O não diálogo e a judicialização”. *Revista Opinião*. Seg. 13. novembro 2016. ISSN 2176-5944. Ed. Roncarati.

PLUMER, Mark J. *New Appleman Insurance Law Practice Guide*. v. 2. Chapter 25. ORRICK, Herrington & Sutcliffe LLP. 2008.

POLIDO, Walter A. “*Sistemas jurídicos: Codificação específica do contrato de seguro. Da necessidade ou não da positivação de microssistema para o Direito securitário brasileiro*”. Texto publicado na Revista dos Tribunais v. 864. Ano 96 – Outubro de 2007. São Paulo. RT.

_____. “*Reflexões sobre a Necessária Modernização do Mercado Segurador Brasileiro como Fator de Proteção dos Consumidores de seguros. Direito dos seguros: fundamentos de direito civil: direito empresarial e direito do consumidor*”. Coordenação de Bruno Miragem e Angélica Carlini. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. “Mediação nas e entre empresas”. In: *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012.

SUSSMAN, Edna. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Original: “*Investor State Dispute Mediation – The Benefits and Obstacles*”. Revista Brasileira de Arbitragem – v. 1- n° 1 – jul/out/2013.

URY, William; BRETT, Jeanne e GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos. Concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos.* Trad. Soares Franco, L. Portugal: Actual, 2009.

WATANABE, Kazuo e GABBAY, Daniela Monteiro. “O Pacto de Mediação Empresarial”. Revista Brasileira Arbitragem, nº 46, abr./jun.2015.

Periódicos consultados

Jornal “Folha de São Paulo”, 31 de outubro de 2016. “Caderno Especial Estúdio Folha”, projetos patrocinados pela CNseg sobre Educação em Seguros.

Pareceres





Parecer Histórico

Cláusula contratual abusiva

Célio Borja¹

“Parecer

1. A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, no artigo 51, declara nulas de pleno direito, entre outras cláusulas contratuais, as relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

“IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XIII- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

(...)

Parágrafo primeiro - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

1 - Advogado e jurista. Ministro do Supremo Tribunal Federal no período de 1986-1992, e Ministro da Justiça na década de 1990. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Sócio do escritório Célio Borja Advogados Associados.

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso”.

(...)

2. O Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997 (artigo 56), autoriza a Secretaria de Direito Econômico (§ 3º), a divulgar, mediante atos administrativos revestidos de forma genérica e abstrata (§ 1º), “*elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas*”, entre elas, a que, na dicção do inciso IV, do artigo 22 desse mesmo decreto, “*estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé e a equidade*”, disposição essa que é reprodução do inciso IV, do artigo 51, da Lei nº 8.078, de 1990, já transcrita.

No exercício dessa atribuição, a Portaria nº 3, de 19 de março de 1999, da Secretaria de Direito Econômico, incluiu no rol das cláusulas abusivas, as que:

“Item 13 - Subtraiam ao consumidor, nos contratos de seguro, o recebimento de valor inferior ao contratado na apólice; ‘*Nota Explicativa: A doutrina e a jurisprudência firmam entendimento de que o valor pré-fixado na apólice é aquele que deve ser objeto da indenização ao segurado em razão de sinistro, e não o apurado como preço médio de mercado. Aplica-se este entendimento aos casos, inclusive, de perda total de veículo automotor, não se admitindo a indenização pelo valor de mercado. Pacificou a jurisprudência nesse sentido, como demonstram diversas decisões do STJ nos recursos especiais.’ REsp-162.915/MG - 4ª Turma STJ, REsp 176.890/MG - 4ª Turma STJ, e outros.”*

3. Contudo, as disposições do Decreto nº 2.181, de 1997, que conferem tal atribuição aos órgãos públicos de defesa do

consumidor, atentam contra o sistema constitucional de rígida separação de poderes, tanto **subjetiva** (Const., art. 54, II) como **objetiva** (Art. 48 – “*Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República*”... “*dispor sobre todas as matérias de competência da União*”...). O verbo dispor aqui empregado tem o sentido de ordenar, proibir, permitir e punir, que são poderes reservados, com exclusividade, à lei formal (***Legibus virtus haec est: imperare, vetare, permittere et punire. L. 7, Dig., De Legibus***). Só ela tem essa força, só ela pode produzir generalizada e abstratamente esses efeitos.

Há, pois, nessas disposições regulamentares, o vício formal de usurpação do poder de legislar do Congresso, uma vez que a matéria que regulam é reservada à lei.

4. Com efeito, um ato administrativo concreto e uma sentença dirigida às partes de um litígio podem gerar esses efeitos apenas em relação a certos e determinados sujeitos. Não terão, porém, a abstração e a generalidade próprias das disposições legais, aplicáveis a todos que se encontram nas situações nelas descritas.

Congruentemente com essa doutrina e em decorrência do princípio do devido processo, as disposições legais só pela via legislativa se reproduzem em outras que as interpretam. A interpretação judicial, quer extensiva, quer analógica, pode elastecer-lhes o alcance, mas não produz norma jurídica universal, geral e abstrata.² A norma deduzida de outra formalmente legislativa, tal como as interpretativas

2 - Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho - *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2^a edição, Renovar, vol. 1º, p. 220. “Embora fosse vezo da antiga hermenêutica compreender o processo analógico como uma interpretação extensiva por analogia, que se alinhava a par da interpretação extensiva própria, chamada por força de compreensão e de indução, a distinção é fácil tratando-se de interpretação extensiva, a lei é ampliada para alcançar um caso francamente compreendido no seu espírito, se bem que a fórmula imperfeita não pareça compreendê-lo, a analogia, ao invés, chama um preceito a regular situação, que não tem disciplina própria na ordem jurídica positiva; leva a aplicar a norma, reguladora de caso semelhante a outro, que não está compreendido na regulamentação de tal norma.”

e as corretivas, devem emanar da mesma autoridade que editou as disposições interpretadas e corrigidas e só produz efeitos *ex nunc*.³

3- Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, vol. 1º, pp. 144-145, nota 56: “Acentuando que se não trata de negar ao poder legislativo a faculdade de fazer as chamadas leis interpretativas, que não são mais que a modificação ou substituição da anterior, a pretexto de declará-la, de esclarecer-lhe o sentido, fizemos ver, no nosso Tratado (vol. 3º, nº 26), que caem os argumentos em favor da interpretação autêntica, eis que nos convencemos de que, não se tratando de penetrar o pensamento do legislador, mas o da lei, com a interpretação, não tem o autor da norma maior autoridade que o aplicador, para explicar o sentido da mesma; e, bem assim, uma vez entendido a que a lei interpretativa, também ela reclama - interpretativa, (sic) (reclama interpretação) como é ponto líquido, se desacredita a conclusão de que vem proporcionar uniformidade no entendimento das leis. Com o inconveniente de impedir o livre desenvolvimento do direito, mediante a obra da doutrina e da jurisprudência, nos limites em que é isso ordinariamente possível, através da interpretação dos juristas teóricos e práticos, a mencionada interpretação não se concilia com o conceito moderno da lei e da sua aplicação. Compete à ciência, aos juristas práticos ou teóricos interpretar a norma jurídica, pela (sic) aplicar aos casos concretos, às relações que tenham de resolver ou de definir. O pensamento, a vontade, o querer, que a lei encerra, e de cuja nítida compreensão depende a realização do seu fim, atendendo às contingências da vida, às necessidades sociais, às várias circunstâncias da vida jurídica sempre em evolução, essa verdadeira *mens legis* não é o pensamento, o querer, a vontade do legislador, que não passa de um órgão da sociedade politicamente organizada, incumbido de traduzir em regras certas e precisas a conduta social dos indivíduos (que é matéria do direito), a organização e o funcionamento do poder público, como corresponde à convicção e consciência do grupo e às injunções da política legislativa. Uma vez publicada a lei, é somente à doutrina e à magistratura, aos verdaderos intérpretes teóricos e práticos, que compete investigar objetivamente o pensamento, a vontade, o querer da mesma; não ao legislador; pouco importa que este, isto é, as pessoas que concorreram para a formação da regra legislativa ou as que, nessa função, as substituíram, achem e proclamem diferentes, o sentido e o conteúdo da lei, do revelado por aqueles órgãos de aplicação. O que pode fazer, na impossibilidade de fixar o seu modo de entender como inteligência para a interpretação científica, é decretar nova regra, a qual incidirá também na competência interpretativa do aplicador. Nem do ponto de vista prático se justifica a lei interpretativa, cujas desnecessidades e inutilidade são gritantes. Se ela se apresenta com tal caráter por determinação expressa, é perfeitamente dispensável, eis que se traduz, evidentemente, numa lei com cláusula de retroatividade, nos sistemas em que a lei interpretativa tem força retroativa; onde não a tenha – insistimos –, de nenhuma significação prática será o acolhimento da interpretação autêntica. Se, porém, a lei não é interpretativa por declaração expressa, mas se pretende que o seja por natureza, está sujeita a interpretação, por sua vez; e, então, não se terá lucrado nada além do que poderia advir, perfeita, naturalmente, de uma lei nova. Tem-se no caso, uma lei que se acrescenta à antiga, ou a substitui, e cujo entendimento, isolado ou em confronto com esta, tem de ser declarado pela interpretação dos cientistas teóricos e práticos. Situação que se apresenta de uma clareza potável, examinado o problema em face do nosso direito, que não dá à lei interpretativa retroatividade capaz de afetar situações jurídicas definitivamente constituídas, ou de obstar a execução do ato jurídico perfeito. Ao invés, a apreciação da questão mostra que a necessidade de interpretar a lei interpretativa, por distinguir se se trata de mera declaração do sentido da lei anterior, ou de lei nova, contendo preceitos diferentes, torna contraprodutiva, como bem assinalou Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 2ª ed., 1938, p. 109), a tentativa da exegese autêntica, por aumentar, em lugar de diminuir, a incerteza reinante, as causas de disputas e de litígios.”

Não cabe ao chefe do Poder Executivo, menos ainda a um órgão administrativo, dar força de lei à interpretação extensiva, que adota, de norma constante de uma enumeração não exaustiva, se têm competência na matéria, a administração e seus agentes aplicarão ao caso concreto a norma expressa de uma enumeração, sujeitando-se, como é curial, ao controle jurisdicional de legalidade.⁴ Mas é mister não esquecer que exemplificativa é a enumeração, não a norma, cuja autoridade e hierarquia são determinadas pelo *status político* do órgão que a editou e cujo sentido e alcance são ditados por sua matéria e conteúdo, identificados e delimitados pela jurisprudência e pela doutrina.

5. O poder regulamentar para a execução de lei pertence, por expressa reserva constitucional, ao Presidente da República (art. 84, IV). Portanto, ainda que se pudesse atribuir à norma administrativa a mesma força da disposição legislativa, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça não seria competente para editá-la. E a norma por ela expedida estaria, assim, invalidada pelo vício de incompetência do agente.

HELY LOPES MEIRELLES, depois de distinguir o regulamento, ou decreto de execução de lei, do decreto independente ou autônomo, adverte que “como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extrapolar a lei, é irrito e nulo. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução) terá que se cingir ao que a lei contém”.⁵

4- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. III, Forense, 1987, pp. 269-270: “Decidir, como órgão administrativo, com eficácia administrativa de coisa julgada, não é decidir judicialmente com eficácia de **res iudicata**. O Poder Executivo não tem, no sistema jurídico brasileiro, tal atribuição”. “Quando apenas se atribuir a algum corpo administrativo deliberar, o ato não pode ter caráter **judicial**. Para que o ato seja de **decisão administrativa**, é preciso que haja regra jurídica, não infringente das regras jurídicas constitucionais, que o diga. As decisões administrativas somente podem ser **desconstitutivas** se a lei, de acordo com a Constituição, os permite. De ordinário, são apenas declaratórias e **relativas às relações jurídicas entre o Estado e particulares**. Se essas decisões administrativas integram títulos executivos extrajudiciais, só a lei o pode estabelecer, mas o título apenas passa a ser dotado de eficácia para adiantamento de execução, após *non plena cognitio* pelo Juiz.” (Grifos do autor citado). Sublinho o pensamento de PONTES DE MIRANDA: “só a lei pode emprestar força executiva judicial às decisões administrativas, nos casos em que a Constituição o permite, mas sempre que digam respeito às relações do Estado com particulares”.

5- HEY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora RT, 15^a edição atualizada pela Constituição de 1988, pp. 156-157.

Essa lição da doutrina é abonada pela autoridade do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o poder regulamentar “não inova, mas explicita ou particulariza o comando legal” (RE 104.608- SP, Min. Octávio Gallotti, RTJ 114/1204, esp. p.1206). No mesmo sentido, RE 87.200-SP, relator para o acórdão o Ministro Leitão de Abreu (RTJ 91/233).

OTTO MAYER explicou com simplicidade e clareza a diferença entre a aplicação da lei pela Justiça e a sua execução pela administração:... “*tout ce que fait l’administration, même en dehors de l’application pure et simple, pour réaliser, compléter, remplacer la volonté de la loi, est sous la direction plus ou moins étroite de celle-ci; elle doit en suivre les intentions et en respecter le sens; elle doit ainsi exercer ces pouvoirs, non pas comme un propriétaire, mais comme une servante de la loi.*”⁶

No caso da consulta, não só é incompetente a Secretaria de Direito Econômico para regulamentar qualquer lei, ainda que para explicitar o que está nela latente, como também não é materialmente abusiva a cláusula dos contratos de seguro de automóveis que, em caso de perda total, limita a indenização ao valor médio de mercado do bem sinistrado, porque tal pactuação não ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico do seguro, nem restringe direitos ou obrigações, de modo a impossibilitar o objeto do contrato ou comprometer seu equilíbrio; nem é excessivamente onerosa para o segurado. Mais ainda: essa cláusula deve ser obrigatoriamente inserida nos contratos de seguro de automóveis, por expressa determinação do órgão público competente para autorizar, regular e fiscalizar os seguros privados.

É fundamental o Princípio Indenitário no Seguro de Dano

6. No seguro de automóvel indeniza-se o prejuízo que o segurado efetivamente sofreu, daí a sua inclusão no grupo dos seguros de dano, cujas peculiaridades são, sem discrepâncias, definidas pela doutrina.

PEDRO ALVIM explica que:

‘É da maior importância a divisão de seguros de dano e de pessoas. Constituem dois grupos com estruturação técnica diferente. Não coincidem também seus objetivos. Um tem caráter indenitário, o outro não. A peculiaridade de cada grupo reflete na sua disciplina jurídica.

6 - OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, t. 1^{er}, Paris, v. Giard & Brière , 1903, p. 107 -108.

Os seguros de dano são também conhecidos como seguros de coisa, denominação que tem sido abandonada pelos autores, porque se refere apenas a algumas espécies de seguros do grupo. São seguros de coisa o de incêndio, de transportes, de automóveis etc., mas não se incluem aí os de responsabilidade civil, de garantia, de fidelidade e outros. A expressão “seguros de dano” é mais abrangente e envolve todos eles. Refere-se tanto aos prejuízos materiais como à perda de valores patrimoniais.

Há um princípio que domina todos os seguros de dano, qualquer que seja sua modalidade de cobertura: ninguém pode lucrar com o evento danoso ou tirar proveito de um sinistro.

Deverá receber em dinheiro ou espécie aquilo que perdeu. O pagamento a mais pode servir de estímulo à fraude ou à especulação, por isso a legislação de todos os povos fulmina de nulidade o seguro de valor superior ao do bem. Figura em nosso Código Civil: “Não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez” (art. 1.437).

Eis porque se diz que os seguros de dano têm por objetivo uma indenização, isto é, uma reparação, compensação ou satisfação de um dano sofrido. O segurado deverá receber o que for necessário para repor a situação anterior à ocorrência. Ressarcir-se de seus prejuízos.”

7. Essa peculiaridade decorre da organização mutualística da economia do seguro. SILVIO RODRIGUES, explicando a mutualidade como atributo essencial do seguro, vê na empresa seguradora privada “uma intermediária que, recolhendo os prêmios pagos pelos segurados, usa desses recursos, e só deles para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. De modo que são os próprios segurados que pagam as indenizações devidas.”⁷

Para que o valor da indenização não exceda o do prejuízo, “em muitos seguros, como por exemplo, no de automóveis ou no de incêndio de imóveis, o segurador ressalva o direito de mandar reparar o veículo ou de reconstruir o prédio, conforme prefira.”⁸

7 - PEDRO ALVIM, *O Contrato de Seguro*, 3^a edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pp. 78- 79.

8 - SILVIO RODRIGUES, op. cit., vol. III, p. 382.

Ouça-se, também, a esse respeito a opinião do acatado especialista do direito do seguro, RICARDO BECHARA SANTOS⁹:

“É da essência do contrato de seguro a seletividade do risco, por isso que o Código Civil, em seu artigo 1.460, dentre outros, estabelece que limitados os riscos cobertos, por outros não responderá o segurador. Pois é do próprio CDC, que se extrai a permissão para as cláusulas restritivas ao direito do consumidor, bastando sejam elas redigidas com destaque e clareza, tal como alias é feito, sem qualquer conotação de cláusula abusiva. Pois abusivo seria pretender o segurado receber indenização maior do que o seu prejuízo. Pudesse ele receber quantia maior que o prejuízo estaria, não só ofendendo o artigo 1.437 do Código Civil, como também especulando em detrimento do seguro, pois o sinistro passaria a interessar ao segurado na medida em que possa ele prever o recebimento de quantia maior do que o valor de compra de outro bem igual ao sinistrado.

A regra hanteada no artigo 1.437 do CC, segundo a qual não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, não é nenhum capricho ou invencionice da lei brasileira, mas regra universal do direito de seguro.

E assim o é por razões óbvias, irretorquíveis, já que a indenização do seguro tem caráter estritamente reparatório e, como tal, não pode ultrapassar o valor da coisa segurada, por isso que qualquer excedente constituir-se-á vantagem ilícita e sem causa.

A cláusula que limita a indenização ao valor do prejuízo, encarnada nas apólices de seguro de dano, dentre elas a de auto, importa também em obstáculo à fraude, arqui-inimiga da instituição de seguro, que acaba onerando a própria mutualidade, além de consistir em fonte de especulação por parte do segurado desonesto.

Não pode nem deve colher frutos o argumento, inconsistente, que costuma se invocar para tisnar de abusiva e nula a cláusula, qual o de que o prêmio foi pago com base na IS. É que o prêmio, preço da cobertura (garantia), ou preço do risco assumido pela seguradora, é projetado para a garantia reparatória do dano. Por isso que IS e valor de mercado devem coincidir no início do contrato, por indicação do próprio segurado. Se, no curso

9 - RICARDO BECHARA SANTOS, *Direito do Seguro no Quotidiano*, I^ª ed., Forense, pp. 560-562.

do contrato o mercado de automóveis decreta a queda da cotação, por razões alheias à vontade e determinação do segurador, o momento da perda total por sinistro é que deve determinar o valor da indenização devida pela seguradora.

Essas são também algumas das razões que distinguem o seguro do jogo e da aposta. A cláusula de valor de mercado, que impede o segurado de apostar no sinistro, preserva a necessária distinção entre os dois institutos. Observa-se também que a IS não estaria a serviço apenas de um sinistro de perda total. É que no risco de casco (do próprio veículo) a IS é válida para cada sinistro isoladamente. Não é incomum que durante o contrato o segurador venha a ter que pagar mais do que o valor do veículo. Basta que o segurado venha colidir sucessivas vezes. O somatório das indenizações para conserto de seu veículo, pode suplantar o valor na IS. Demais, o segurado pode ainda ter o seu carro roubado ou furtado. E o furto/roubo ou acidente podem acontecer no início do contrato, onde provavelmente o segurado irá receber o total na IS". (Grifei)

O prêmio não é função do valor máximo da indenização

8. Na esteira dessas lições da ciência do Direito, a Circular nº 18, de 20 de abril de 1983, da Superintendência de Seguros Privados, manda inserir nos contratos de seguro de automóveis, entre outras cláusulas, a seguinte:

“1- Objeto do Seguro e limite de responsabilidade.

Pela presente Apólice, a Seguradora garante os veículos nela mencionados, contra prejuízos e despesas devidamente comprovados e decorrentes dos riscos cobertos, até o valor das importâncias seguradas respectivas, fixadas pelo Segurado, as quais não implicam, por parte da Seguradora, reconhecimento da prévia determinação de valores, mas constituem, apenas, a base de cálculo dos limites máximos das indenizações exigíveis, de acordo com as condições a seguir enumeradas". (Grifei)

E no título atinente à liquidação de sinistros é igualmente obrigatória a cláusula:

“6.3.1 - Ocorrendo a perda total do veículo, a indenização limitar-se-á ao valor médio do mercado na data da liquidação do

sinistro, considerando-se tipo, ano de fabricação e estado de conservação do veículo, acrescido das despesas de socorro e salvamento porventura existentes.”

“Em hipótese alguma esta indenização poderá ultrapassar a importância segurada do casco do veículo.” (Grifei).

“6.1 - tratando-se de dano ou avarias sofridas pelo veículo segurado, a seguradora poderá optar por:

- a) *indenizar em espécie;*
 - b) *mandar reparar os danos;*
 - c) *substituir o veículo por outro equivalente.*
- (....)”

A cláusula do contrato de seguro que estipula o valor do prêmio não pode, portanto, ser unilateralmente modificada, nem se presume ofensiva do sistema de seguro, nem comprometedora do equilíbrio contratual ou excessivamente onerosa para o segurado, porque resulta de uma normativa estatal que visa a tutelá-lo e a seus beneficiários (Dec. Lei nº 73, art. 2º).

9. Com efeito, o valor do prêmio é calculado na conformidade do artigo 16, inciso 7, da parte II (Disposições Gerais) da Circular nº 18, de 1983, da SUSEP, não sendo, assim, condição do negócio estipulada pelo segurador ou pelo segurado, que apenas declaram, com efeito receptício, aceitar ou aderir a uma regra imposta pelo Estado.

Essa circunstância afasta, por si só, a possibilidade lógica e jurídica de imputar-se ao segurador abuso na sua estipulação. Além disso, não pode constituir conduta ilícita, ou abusiva, o exercício regular de direito (C.C., art. 160, I). Ora, o direito ao prêmio e o dever de indenizar o segurado pelo valor médio de mercado, são regulados e prescritos pela administração pública, de acordo com a autorização do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (arts. 32, III, e 36):

“Art. 36 - Compete à SUSEP na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador de constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras:

(...)

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

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

(...)"

A fixação de planos de operações e tarifas, pela administração pública, bem como o controle do Estado sobre os seguros privados, em geral, se exerce no interesse dos segurados e de seus beneficiários (Dec. Lei nº 73, de 1966, art. 2º), tendo assim nítido caráter tutelar, que afasta a responsabilidade do segurador pelo valor do prêmio, quando fixado na conformidade da tarifa da SUSEP.

O Respeito ao Contrato e a sua resolução

10. Estipuladas nos contratos de seguro de automóveis, essas regras técnicas ditadas pela autoridade federal competente são partes de um negócio jurídico consensual e sinaligmático, protegido pelo princípio *pacta sunt servanda* e pela norma constitucional que proíbe a retroatividade das leis, especialmente quando prejudica o ato jurídico perfeito (Const., art. 5º, XXXVI).

Como o prêmio é determinado em consideração do princípio da mutualidade, a intervenção do Estado na sua fixação é necessária, não só para tutelar o segurado, mas, igualmente, para ajustar o prêmio à lei dos grandes números aplicado à ocorrência do sinistro, pois, “quando referido a um número indefinido de hipóteses, ele é regulado por leis constantes.” Porque assim é, “*o seguro não cumpre, plenamente, a sua função se não se funda no cálculo de probabilidades e nas leis dos grandes números*”, pois, “sob o ângulo técnico, é possível calcular exatamente o valor do prêmio ou contribuição, em relação às probabilidades de o sinistro vir a ocorrer, quando se tem em vista uma ampla massa de riscos homogêneos.”¹⁰

À objetividade dessas leis matemáticas corresponde a objetividade das normas jurídicas que regulam a administração do seguro e, direta

10- Cf. NICOLA GASPERONI, *Contratto di Assicurazione (in generale) in Novissimo Digesto Italiano*, IV, p. 565.

ou indiretamente, condicionam a disciplina normativa que as partes se dão no negócio jurídico de seguro privado.

O seguro social, diferentemente, caracteriza-se pela “*falta de equivalência matemática individual em relação ao risco, entre a contribuição*” (prêmio) “*e a prestação do segurador.*”¹¹ Certamente, essa circunstância, exacerbando a álea do negócio, acaba por transformar o seguro social em monopólio virtual dos entes públicos.

A razão de natureza coletiva que induz a disciplina do seguro privado a assumir caráter regulamentar, é a possibilidade de exata e justa tarifação do serviço, se se equilibra a receita proporcionada pela arrecadação dos prêmios com a despesa decorrente da liquidação dos sinistros efetivamente verificados.

A Resolução por Excessiva Onerosidade

11. Tanto à Lei nº 8.078, de 1990, quanto o Decreto nº 2.181, de 1997, definem como desvantagem exagerada do consumidor a obrigação excessivamente onerosa. Ora, não pode ser excessivamente onerosa para o consumidor a pactuação de um prêmio cujo valor, nas palavras de GASPERONI, é calculado **exatamente** “*em relação às probabilidades de o sinistro vir a ocorrer, quando se tem em vista uma ampla massa de riscos homogêneos.*” E que obriga o segurador a indenizar o sinistro pelo valor médio de mercado, substituindo, portanto, o bem sinistrado por seu equivalente. Mesmo conceitualmente, essas estipulações não se ajustam ao que a doutrina nacional e estrangeira entende ser uma obrigação excessivamente onerosa.

Quando a excessiva onerosidade da obrigação é ínsita à sua estipulação originária, as opiniões se dividem, entendendo uns que ela, nesse caso, corresponde à lesão, que o direito anterior ao Código Civil classificava como vício do negócio jurídico, facultando ao lesado pedir ao juiz a sua resolução ou exigir reparação compensadora, nas palavras de CLOVIS BEVILAQUA.¹²

Omitindo o Código Civil a lesão como causa da resolução dos contratos, a jurisprudência somente a admitiu, quando inquinada a obrigações contraídas anteriormente a 1º de janeiro de 1917.

11 - N. GASPERONI, loc. cit.

12 - CLOVIS BEVILAQUA, *Direito das Obrigações*, José Luiz da F. Magalhães, Editor Bahia, 1896,§ 67, p.199.

Diversamente, a resolução por excessiva onerosidade da obrigação tem em mira, sobretudo, os contratos de longa duração e os de trato sucessivo, nos quais as condições existentes, na época da celebração, estão sujeitas a modificações tais que impossibilitam ou tomam economicamente desastroso cumprir aquilo que se prometeu. A teoria da imprevisão, a fim de evitar ou obviar o risco de injustificadas inexecuções contratuais, adiciona a **imprevisibilidade** aos demais requisitos de validade da cláusula *rebus sic stantibus*, prestação deferida ou de trato sucessivo, modificação economicamente relevante das condições objetivas da execução do contrato e, tomando à lesão a nota essencial do seu conceito, pressupõe que da extrema onerosidade da prestação de uma das partes resulte o enriquecimento da outra¹³ – enriquecimento às expensas de outrem.

Não é possível, portanto, assimilar ou correlacionar a excessiva onerosidade que resulta da **imprevisibilidade** de um fato futuro à previsibilidade que determina os valores do prêmio do seguro e da indenização do sinistro.

Enriquecimento às expensas de outrem

12. Ora, nos contratos de seguros privados em que se estipulam prêmios tarifados pela autoridade pública, presume-se, repito, que os valores respectivos foram calculados e fixados “*em relação às probabilidades de o sinistro vir a ocorrer*”, tendo em vista “*uma ampla massa de riscos homogêneos*”. E a tarifa autoriza e limita a margem de lucro do segurador, que não pode ser por ele aumentada. Em consequência, não é possível vislumbrar nem a extrema onerosidade, nem o enriquecimento do segurador às expensas do segurado, para justificar a inclusão da indenização pelo valor de mercado no rol das cláusulas contratuais abusivas.

13- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, cit., vol. III, p. 100. V., ainda, FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto, terza edizione*, Milano, Giuffré, 1952, p. 503: “*Concorrendo la straordinarietà e imprevedibilità dell'avvenimento, a determinare l'onerosità eccessiva, la legge accorda il rimedio della risoluzione, perché vuole consentire, alla parte che resterebbe sacrificata, di sfuggire a quel sacrificio; il quale oltre tutto, si risolverebbe in eccessivo vantaggio per la controparte.*” (“Ocorrendo a extraordinariedade e imprevisibilidade do evento determinante da onerosidade excessiva, a lei concede o remédio da resolução, porque quer permitir à parte que seria sacrificada fugir desse sacrifício, o qual, sobretudo, se resloveria em vantagem excessiva para a outra parte”). (Grifei).

Para SAVATIER, nessa modalidade de enriquecimento o valor perdido pelo patrimônio de um indivíduo deverá transformar-se, materialmente, em valor ganho pelo patrimônio de outrem.¹⁴

Para FRANÇOIS GORÉ, basta que o enriquecimento e o empobrecimento sejam determinados por uma mesma causa (“un lien de corrélation qui est un élément indépendant de l'enrichissement au dépens d'autrui et qui existe quand l'appauvrissement et l'enrichissement ont une même cause”)¹⁵, ainda que relacionando-se de diferentes maneiras: 1) empobrecimento correlativo; 2) indivisibilidade de origem; 3) vínculo de causalidade ou origem; 4) vínculo de conexão; 5) relação de causa e efeito.¹⁶

É exemplo de enriquecimento às expensas de outrem o contrato de compra e venda que aporta ao patrimônio do vendedor um valor muito maior do que aquele que dele saiu e empobrece o comprador, porque do seu ativo saiu um valor muito superior ao que entrou. A questão que, então, surge, é a de saber se é necessário que o enriquecimento resulte

14- Apud, FRANÇOIS GORÉ. *L'Enrichissement aux Dépens d'Autrui*, Paris, Lib. Dalloz, 1949, nº 73, p.74

15- FRANÇOIS GORÉ, *op. cit.*, nº 72, p. 73: “L'appauvrissement et l'enrichissement sont des résultantes et ne peuvent être des causes efficientes. On le voit particulièrement quand l'appauvrissement consiste dans une non-augmentation du patrimoine et qu'aucune valeur n'est sortie des biens de l'appauvri. Le demandeur a, par exemple, accompli un travail qui a enrichi le défendeur. Il devait normalement être rémunéré; il ne l'a pas été; son appauvrissement consiste dans un manque à gagner. Ce qui est la cause de l'enrichissement, ce n'est pas l'appauvrissement, mais le travail qui a été accompli.”

16- *Op. cit.*, nº 71, p. 72. Também, no nº 74, pp. 74 e 75: “En réalité, l'enrichissement et l'appauvrissement sont la conséquence d'un même fait. C'est pourquoi il faut parler de corrélation entre l'enrichissement d'un patrimoine et l'appauvrissement d'un autre. C'est la formule employée par la Cour de Cassation qui déclare que l'enrichissement doit être acquis «aux dépens d'autrui», c'est-à-dire qu'il doit y avoir un certain lien, une certaine corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Il est logique de considérer que cette corrélation existe quand l'appauvrissement et l'enrichissement ont une même cause efficiente.» (...) «Il n'est pas nécessaire que le fait qui a causé l'appauvrissement soit la seule de l'enrichissement. En effet, il s'agit d'établir une corrélation entre l'enrichissement d'un patrimoine et l'appauvrissement d'un autre. Il suffit donc que, parmi les causes de l'enrichissement, on trouve le fait qui est à l'origine de l'appauvrissement. Il vaut mieux considérer l'enrichissement et l'appauvrissement comme les deux conséquences d'un même événement que comme ses deux aspects.”

de uma falta do beneficiário ou de ato injurídico, para que aquele que se empobrece possa intentar a ação própria – *in rem verso*. Parece que não, porque o ato ilícito gera a responsabilidade civil do agente que é objeto de ação específica, mediante a qual se buscam outras vantagens além da reposição do *quantum* diretamente perdido. Já na ação de *in rem verso* limita-se o pedido ao *quantum* do enriquecimento que corresponde ao empobrecimento do demandante.¹⁷

Aplica-se a essa situação econômica a proposição jurídica desenvolvida por FRANÇOIS GORÉ, segundo a qual o enriquecimento tanto pode resultar de uma economia de despesas que se supunham inevitáveis, como pode ocorrer na economia do seguro pela competente administração dos ativos e passivos da companhia seguradora – como de um ato ou fato que evita a ocorrência de uma perda patrimonial.¹⁸

13. Cuidando da excessiva onerosidade, especialmente, por sua atinência ao caso da consulta, é de recordar-se que, na sua feição de usura real, ela foi tipificada, como conduta penalmente ilícita, no Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 (crimes contra a economia popular):

“Art. 4º - (...)

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou levianidade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação.”

Aqui o ato negocial reprimido é livre e doloso, pois abusa o contratante da fraqueza da outra parte, o que não se pode presumir no contrato de seguro de automóveis, no qual a estipulação do valor do prêmio e o da indenização são fixados pelo Estado, que intervém no negócio para proteger o segurado e tomar efetivo o princípio mutualístico próprio da economia do seguro.

14. A mais recente regra legislativa acerca do equilíbrio financeiro e econômico das recíprocas prestações nos contratos proveio da

17- F.GORÉ, *op. cit.*, nº 272, pp. 283-284.

18- Id., p. 56: “Algébriquement, l'enrichissement négatif” se traduit en une augmentation du patrimoine dont le passif se trouve de la sorte diminué.”

Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, que a esse respeito dispõe nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 58:

“Art. 58 – (...)

§1º - As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, [modificação unilateral do contrato pela administração] as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

Norma equivalente é a do parágrafo 6º, do artigo 65:

“Art. 65- (....

§6º - Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer por aditamento o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

Aqui se cogita de fato imputável à Administração contratante; mas, o artigo 57, § 1º, inciso II, dessa mesma lei, manda preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando da “superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato” (art. 57, §1º, inc. II). Igual tratamento é dispensado ao “impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro (idem, idem, inc. V) e à “omissão ou atraso de providências a cargo da Administração” (idem, idem, inc. VI).

Parece claro que tais disposições não se aplicam a contratos celebrados entre particulares, fundados na exata correspondência das suas recíprocas obrigações.

A descontinuação judicial do Ato Administrativo

15. O ato administrativo é uma modalidade de ato jurídico. Para JOSÉ CRETELLA JÚNIOR “o ato administrativo constitui espécie do ato jurídico”:

(....) “ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por

qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas. em matéria administrativa”.

E, na concisa e elegante definição do Código Civil, “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. (Art. 81).

16. Viciado o ato (C. Civil, art. 147), é ele anulável mediante decisão judicial que o desconstitui. PONTES DE MIRANDA, distingue essa ação da rescisória de sentença (C.P.C., arts. 485-495) e da rescisória de negócios jurídicos bilaterais, por vícios redibitórios (C.Civil, arts. 1101-1106).¹⁹

Tanto a incompetência do agente, quanto a forma defesa em lei (no caso, na Constituição), a ilegalidade do que o ato administrativo ordena ou proíbe, permite ou pune, são causa suficiente da sua invalidade. De todos esses vícios, como vimos, padece o enunciado 13, da Portaria nº 3, de 19 de março de 1999, sendo ele, portanto, passível de desconstituição judicial.

17. Pelos prejuízos que causa aos seus sujeitos, respondem objetivamente a União Federal (Const., art. 37, §6º) e regressivamente os seus agentes.

Basta, por isso, a prova do nexo da causalidade entre o ato administrativo e o dano para que o prejudicado obtenha a correspondente reparação.

No caso, a gravidade do dano que esse ato administrativo causa às seguradoras de automóveis pode ser medida, *ex:gr.*, pelo número de pedidos de indenização com base no valor atribuído pelo segurado ao veículo no termo inicial do contrato de seguro, que é o limite máximo do valor da indenização.

18. Concluo respondendo aos quesitos da consulta.

A - No seu entendimento, seriam procedentes ação ordinária proposta pelas seguradoras contra a União Federal para anular o

19- PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, atualizado por VILSON RODRIGUES ALVES, Bookseller, 1998, p. 85.

referido item 13, da Portaria nº 3, e medida cautelar inominada para suspender a sua aplicação?

Respondo afirmativamente, tendo em vista a invalidade do item 13, da Portaria referida, porque incompetente a Secretaria de Direito Econômico para editar disposição com efeitos reservados à lei e ilegal a proibição de indenizar-se o segurado, em caso de perda total, pelo valor médio de mercado do automóvel sinistrado; tal estipulação é de observância obrigatória por determinação do órgão público legalmente competente (Decreto-Lei nº 73, de 1966, arts. 32, III, e 36, c) e não ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico do seguro, não restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes ao contrato, não ameaça seu objeto, nem compromete o equilíbrio contratual, nem é excessivamente onerosa para o segurado (Lei nº 8.078, de 1990, art. 51, incisos IV e XIII e parágrafo primeiro).

B - O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal que responsabiliza a União pelos danos causados por seus agentes, serve de fundamento para pedido cautelar e sentença de mérito determinando à União Federal a publicação da decisão de suspensão da anulação do referido item 13 da Portaria nº 3, de 19.03.1999 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça na própria seção do Diário Oficial que a publicou?

Penso que sim, porque sendo objetiva a responsabilidade da União estatuída no artigo 37, § 6º, da Constituição, basta a demonstração da materialidade do dano, do nexo de causalidade e da identidade e qualidade do agente, para que a reparação seja devida e esta há de ser suficiente e compatível com a natureza do dano, moral ou material.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 1999.

Célio Borja”

Internacional





Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación

Alonso Núñez del Prado Simons¹

Palabras claves: Información genética. ADN. Genoma. Discriminación. Derecho de la intimidad. Contrato de seguro.

Introducción

La investigación genética ha resultado en interesantes y útiles descubrimientos, pero que a su vez han traído consigo cuestionamientos y preguntas de orden ético y también jurídico. Los sectores más conservadores critican el sólo hecho de investigar, por considerar que nos estamos inmiscuyendo en tareas de orden divino, pero la comunidad científica ha continuado con su tarea y ha aportado información que puede mejorar la calidad de la vida entre los seres humanos.

El problema de la técnica es el uso que le demos. Por desgracia, no hemos sido muy acertados y como ya comentaba Heidegger en la primera mitad del siglo XX, hemos cosificado a las personas, olvidándonos que el ser humano es un fin y no debería en ningún caso ser un medio, como indicara Inmanuel Kant.

1. Conceptos básicos

El genoma humano es la secuencia de ácido desoxirribonucleico (ADN) de un ser humano. Está dividido en fragmentos que conforman

1 - Abogado, Magíster en Derecho de la Integración y en Derecho Constitucional, Master of Business Administration (MBA). Graduado en Lingüística y Literatura. Fundador y Director Ejecutivo del Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno. Profesor universitario. Árbitro de la Cámara de Comercio y conferencista. Publica habitualmente artigos en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Es Presidente de la Asociación Peruana de Derecho de Seguros, Capítulo de AIDA en el Perú y director de varias entidades del sistema asegurador.

los 23 pares de cromosomas distintos de la especie humana (22 pares de autosomas y 1 par de cromosomas sexuales). El genoma humano está compuesto por aproximadamente entre 22,500 y 25,000 genes distintos. Cada uno, contiene codificada la información necesaria para la síntesis de una o varias proteínas (o ácidos ribonucleicos – ARN – funcionales, en el caso de los genes ARN). El “genoma” de cualquier persona (a excepción de los gemelos idénticos y los organismos clonados) es único. Un fragmento de ADN es suficiente para que un individuo sea diferente a otro. La salud de una persona está condicionado por una especie de lotería genética resultado de la herencia². Los genes determinan las características con que nace cada persona. Para saber cómo trabajan, primero hay que identificar las proteínas que producen y, posteriormente, ver las funciones que realizan.

La información derivada del ADN puede extraerse en el contexto del tratamiento sanitario, en estudios poblacionales y en pruebas de identificación.

La prueba genética puede ser un elemento de diagnóstico una vez que los síntomas de la enfermedad han aparecido. La identificación de portadores se realiza cuando se sospecha que la persona sometida a la prueba puede transmitir un gen, responsable de una enfermedad genética recesiva, a sus descendientes. La utilidad de esta prueba es asesorar a la persona portadora en sus decisiones reproductivas.

Las pruebas sobre el riesgo de contraer enfermedades de origen genético son denominadas también de predisposición genética. Una cantidad apreciable de enfermedades están originadas por un componente genético que, junto al ambiente, pueden originar la enfermedad. Las pruebas de predisposición pueden variar según un abanico que abarca desde casi la certeza hasta una cierta predisposición a padecer enfermedades comunes³.

El diagnóstico genético se refiere a las pruebas realizadas para diagnosticar una presunta dolencia en una persona o en varios miembros de una familia en el marco de un estudio familiar. En este

2 - Grace E.S. *La biotecnología al desnudo. Promesas y realidades*. Barcelona: Anagrama, 1998, p. 87.

3 - British Medical Association. *Human Genetics. Choice and Responsibilities*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 95.

contexto, es una serie de pruebas a la que se someten los miembros de una familia para estudiar la incidencia de una determinada enfermedad genética dentro del grupo estudiado.

El cribado genético se refiere a pruebas genéticas realizadas en el conjunto de la población o en el subconjunto de la misma, sin previa sospecha de que las personas sean portadoras del rasgo. El cribado genético puede ser producto de una determinada política pública de prevención como lo son, por ejemplo, las pruebas de diagnóstico prenatal. También puede suponer la necesidad de vigilancia de la salud en ciertos contextos determinados.

El Proyecto Genoma Humano fue una investigación científica que buscaba determinar la secuencia de pares de bases químicas que componen el ADN e identificar y cartografiar los aproximadamente 20,000-25,000 genes del genoma humano desde una perspectiva física y funcional. El proyecto, dotado con 280 millones de dólares, fue fundado en 1990 en el Departamento de Energía y los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos para completarse en 15 años, pero por diversas razones un borrador inicial fue terminado en el año 2000 y, finalmente, el genoma completo fue presentado en abril del 2003, dos años antes de lo esperado. Con esa información pueden diagnosticarse enfermedades genéticamente proyectivas (medicina preventiva), diseñarse tratamientos específicos y curarse enfermedades.

Estamos frente a un tema: los descubrimientos genéticos, que tiene dos aspectos que nos interesa analizar: su posible efecto discriminador y sus consecuencias en los contratos de seguros.

2. Información genética y derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad, que nació como reacción al desarrollo de las tecnologías de la información, considera que existe una esfera propia de protección frente a los demás, un derecho a mantener para sí mismo el ámbito más próximo de la vida privada y familiar.

En cuanto a sus orígenes, es interesante recordar que a fines del siglo XIX, el invento de la imprenta y en consecuencia la capacidad de difundir con facilidad la información al público, llevó a dos juristas de los Estados Unidos, Louis Brandeis y Samuel D. Warren, a proponer la protección del ámbito privado y reaccionar ante el

daño que la invasión de este campo suponía⁴, definiendo el derecho a la intimidad como el ‘derecho a estar solo’ (*the right to be alone*). Resultaron insuficientes para garantizar la no invasión del ámbito privado, los que servían como límite a la libertad de imprenta, como el derecho al honor, que era la reacción frente a la afectación de la reputación, y el derecho a la propiedad intelectual, relacionado al derecho de las personas a que sus creaciones (literarias y científicas) no fueran difundidas sin su consentimiento.

Es importante hacer notar que el derecho a la intimidad (*privacy*) no incluye hechos que sean de interés público o general. Así:

- No hay vulneración si lo difundido se hace en cumplimiento de la ley;
- Tampoco cuando se publica con consentimiento;
- Que sea o resulte verdadero no exime de la responsabilidad derivada de su divulgación;
- La ausencia de dolo no exime de responsabilidad.

El derecho a la intimidad supone la no difusión de datos o hechos de la vida privada, reconoce la intimidad corporal, que se admite un espacio de autonomía personal donde los otros no puedan ingresar, además de la autodeterminación informativa. Como hemos visto, no sólo implica ser protegido frente a invasiones, sino a una esfera de autonomía y de autodefinición personal. Se vulnera el derecho a la intimidad cuando se revela o divulga hechos o datos de la vida privada de una persona o de una familia.

En Estados Unidos el derecho a la intimidad, fue desarrollado a partir de la interpretación de la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*) correspondiente a la XIV enmienda de la Constitución. Según este enunciado, ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad y propiedad sin que medie un debido proceso legal. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado la libertad, en ese contexto, como un derecho subjetivo a la intimidad (*privacy*) que se configura como la autonomía en la toma de decisiones en la esfera de la vida privada.

4 - Warren SD, Brandeis LD. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review 1980, 4 (5) pp. 193-220.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la vida privada protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), supone desarrollo de la vida privada sin injerencia de los poderes públicos. Sólo puede haberla por razones justificadas.

El desarrollo de las tecnologías de la información y la posibilidad del almacenar, tratar y manipular masivamente los datos a través de la informática, y la casi ilimitada de difundirlos a través de las redes, han incrementado las alternativas de tratamiento de la información personal en y en consecuencia de los riesgos para la privacidad. En muy poco tiempo, se ha pasado de los archivos impresos al almacenaje electrónico y la difusión en red de grandes cantidades de información.

Frente a lo descrito ha nacido el denominado derecho a la autodeterminación informativa, y como acción de garantía el habeas data, frente a las potenciales agresiones a éste, que implica el derecho de la persona a controlar dónde están y en qué forma son utilizados sus datos personales. La autodeterminación es parte del derecho a la intimidad, un elemento de control sobre el uso de los datos personales, un aspecto crucial del derecho a la intimidad⁵. Esta necesidad de garantizar el derecho de los ciudadanos a controlar sus datos personales se ha visto reflejada en algunas constituciones latinoamericanas como las de Perú (1993), en el artículo 5, inciso 6; Brasil (1998) también en el artículo 5 y la reforma de la Argentina (1994) en el artículo 43⁶.

3. Prevención

Los rastros que queden, pueden servir para la identificación de la huella genética que excluye a un individuo de todas las demás personas. La información genética, permite descifrar las relaciones de la familia biológica, el que se padezca una enfermedad o que se sea propenso a ésta. Los bancos de sangre y similares, almacenan información que puede revelar información sobre el individuo⁷. La

5 - STEDH de 31 de julio de 2000. Caso A. D. T. contra Reino Unido.

6 - Recomendación 3 (1992) sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios.

7 - Murray, T.H. *Genetic Exceptionalism and Future Diaries': Is Genetic Information Different from other Medical Informatics?* En: Rothstein M., ed. *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in Genetic Era*. New Haven: Yale University Press; 1997, p. 63.

información que se puede obtener del ADN es altamente sensitiva y tiene potencialidad desconocida, ya que puede revelar información y datos de cuya existencia no tiene conciencia la persona, incluso la que todavía no se ha descifrado.

Resultan obvias las ventajas resultantes de la existencia de exámenes genéticos, pero su mal uso puede resultar en discriminación, cuanto se da un trato diferente no justificado. Se puede afectar la intimidad personal, pero también la familiar, ya que el resultado del diagnóstico genético tiene importancia para la familia biológica. Puede, por tanto, considerarse como sujeto de diagnóstico a toda la familia y en relación al derecho a la intimidad los datos médicos, especialmente, el genoma y la información que puede derivarse del ADN se considera como protección de la intimidad familiar.

La intimidad genética, usualmente se relaciona con la privacidad de la información⁸, pero con el pasar del tiempo ahora se invoca el derecho a controlar los datos personales, cuestionándose incluso que los poderes públicos puedan almacenarla. Resulta claro que en ciertas circunstancias la necesidad de hacer pruebas genéticas puede estar justificada por razones de interés social, pero tal cosa no da derecho a publicarlos. Los datos derivados del genoma de una persona y de su familia son estrictamente confidenciales y deben almacenarse con medidas de seguridad, usándose sólo para los fines que fueron recabados y no pueden ser cedidos a terceros, salvo que medie el consentimiento del interesado o mandato judicial debidamente fundamentado. Así lo reconoce la *Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos*. El Consejo de Europa recomienda, incluso, el asesoramiento, antes y después de los procedimientos incluyendo las consecuencias, opciones y los posibles riesgos. En relación al derecho a la intimidad genética se ha incorporado el derecho a no saber. Así la mencionada *Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos* establece el respeto al derecho de toda persona a decidir ser o no informado de los resultados del examen y/o de sus consecuencias. Todas las previsiones están justificadas por lo relevante de la información, ya que muchas enfermedades que pueden diagnosticarse con pruebas genéticas no tienen remedio y pueden diagnosticarse mucho antes de que aparezcan los primeros síntomas, lo que puede resultar en problemas psicológicos con consecuencias difíciles de prever.

8 - Allen A. *Genetic Privacy: Emerging Concepts and Values*. En: Rothstein M., ed. *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in Genetic Era*. New Haven: Yale University Press; 1997, p. 60.

4. Posibles efectos discriminatorios

Para Alfonso Ruiz, el concepto de discriminación consistiría en:

“Concepto restringido de discriminación no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificadorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo⁹”.

En el mismo sentido, Fernando Rey señala que:

“Cuando la desigualdad jurídica de trato se basa en uno de los criterios típicos del art. 14 CE (constitución española) (o en otros que [el] legislador o [el] Tribunal Constitucional vayan determinando como especialmente odiosos) la igualdad (en el contenido en la norma) se transforma en un juicio más riguroso en que consiste la prohibición de discriminación. (...) En otras palabras, el término discriminación tiene un significado amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios prohibidos por el art. 14 CE (raza, sexo etc.)¹⁰”.

Como puede apreciarse la doctrina diferencia el concepto de discriminación en dos sentidos: uno amplio, que es equivalente a cualquier tipo de infracción a la igualdad de trato; y, otro más restringido, que es, propiamente, el concepto de discriminación que se refiere a un trato distinto producto de prejuicio social prohibido por la Constitución y, de manera más general, es considerado como descalificadorio y odioso de la dignidad del ser humano, por parte de la comunidad.

En el Perú, los criterios prohibidos para diferenciar entre las personas y que constituirían un trato discriminatorio son el origen, raza, sexo, idioma,

9 - Al respecto, ver: RUIZ MIGUEL, Alfonso. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Doxa, N° 19. 1996. p. 53.

10 - REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw – Hill, 1995. p. 56.

religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole¹¹. La expresión “o de cualquier otra índole” debe interpretarse en el sentido de que se encuentra prohibido cualquier trato distinto producto de un prejuicio descalificadorio y odioso de la dignidad humana.

Mediante la Resolución N° 64 del 23 de enero de 2002, en un caso de discriminación racial, el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima declaró que:

“(…)

Décimo Tercero: ...todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, así como deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, que por tanto siendo dicho derecho fundamental debe ser respetado por el Estado Peruano y por las mismas personas sean naturales o jurídicas, teniendo el primero la capacidad de hacer valer dicha igualdad entre particulares con las instituciones tutelares como es el Poder Judicial; que es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.”

A partir del considerando antes transscrito, podemos decir que el argumento principal en el que descansa la sentencia se encuentra en el principio de la dignidad del ser humano, no pudiendo los particulares asociarse, contratar o ejercer algún derecho que atente contra la dignidad de otro ser humano.

En el mismo sentido en una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (expediente N° 02005-2009-PA/TC LIMA¹²) relacionado a la concepción, se rescata la singular relevancia de algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor débiles*, sosteniendo:

11 - Constitución Política del Perú - Artículo 2. - Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

12 - <http://www.inppares.org/sites/default/files/Fallo%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>

“(...)

§6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional” [STC N° 3330-2004- PA, fundamento 9].

De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como “interpretación institucional”, y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

Este criterio interpretativo [STC N° 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” (GARCLA PELAYO, Manuel “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. Ramírez Zaragoza, 1979, p. 79). A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

*Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Haberle denomina las “cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución”. (Haberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).*

Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución – cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º) –, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí

su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.

De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio pro homine y el principio pro debilis, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio pro homine

El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4)]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

6.1.3. Principio pro debilis

Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio favor debilis, pro debilis o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio pro homine antes anotado, configuran el principio de centralidad del ser humano. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.”

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del INDECOPI¹³ en su Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, expediente 272-2011/CPC 50/66¹⁴, aunque en fallo dividido en que tuvo que dirimir el Presidente, declaró fundada la denuncia del señor Miguel Angel Célez Ocampo en contra de Rímac-Internacional, Compañía de Seguros y Reaseguros por infracción de los artículos 1º, 1 literal d) y 38º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por haber incurrido en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica “Red Salud”, por tener síndrome de down. Esta sentencia se basó principalmente en la ‘Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad’ de las Naciones Unidas¹⁵ que establece en su

“Artículo 4º - Obligaciones Generales

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

(...)

13 - Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

14 - Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, expediente 272-2011/CPC 50/66.

15 - Este convenio internacional forma parte del derecho nacional conforme al “artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución por lo que resulta vinculante para el Estado peruano.”

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

(...)

Además, en aras de impedir la discriminación de las personas con discapacidad, la Convención añade en el mismo artículo 4º que:

“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS”

Artículo 4º.- Obligaciones Generales

1. (...) los Estados Partes se comprometen a:

(...)

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

(...)"

Por otro lado, respecto del caso puntual del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad en la contratación de seguros de salud, la Convención ha previsto en su artículo 25º lo siguiente:

“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS”

Artículo 25º- Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...) En particular, los Estados Partes:

(...)

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén

permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

Como puede apreciarse, el Convenio establece obligaciones a cargo de los Estados miembros de velar por el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y adoptar medidas, por ejemplo legislativas, para prohibir cualquier tipo de discriminación contra ellos. De allí que los Vocales que suscriben el presente voto consideren que no es vinculante el Convenio para sostener una supuesta obligación de Rímac de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad.

La que el Perú es signatario, constituye un precedente que hay que mirar con atención para el futuro.

5. La información genética y sus implicancias en el contrato de seguro

Las compañías aseguradoras podrían exigir conocer el código genético de los potenciales asegurados y, en caso de que éstos muestren alguna anomalía, optaría entre no contratar con dicha persona o en hacerlo bajo condicionamientos (por ejemplo haciendo más gravoso el monto de la prima). Un caso extremo y prácticamente descartado, porque implicaría una aplicación retroactiva, sería extender la exigencia a los actuales asegurados permitiendo la no renovación. Otro riesgo es que el patrimonio genético sea utilizado como presupuesto discriminatorio, que viene recibiendo el nombre de “genoismo”, es decir, discriminación por los genes, lo que podría limitar el desarrollo educacional o laboral de una persona al conocerse su propensión a determinada enfermedad y/o a la imposibilidad de curación. Tenemos que reconocer que si se divulgase el mapa genético, las personas se encontrarían expuestas a actos de discriminación social que atentarían contra el derecho a la igualdad.

Estamos a punto de pasar, o ya lo estamos haciendo, de la medicina preventiva a la predictiva, ya que a través del estudio del genoma humano, se va a poder conocer las causas de ciertas enfermedades y la probabilidad de dolencias futuras; y como suele ocurrir hay no sólo beneficios sino también peligros o riesgos.

Corresponde, entonces, analizar la relación entre los importantes aportes científicos resultado del nuevo acceso a la información genética producto de las investigaciones del “Proyecto Genoma Humano” y una institución económica de singular importancia como son los seguros.

El seguro, muy especialmente el de vida, está construido a partir de cálculos actuariales a través de los cuales se trata de predecir lo que ocurrirá, teniendo como base la “Ley de los grandes números”, por la que en términos gruesos podemos predecir con mayor posibilidad de acierto así como se aumenta el número de unidades analizadas; por lo que la información genética puede ser considerada como muy útil para estos fines, ya que, como hemos visto, a través del análisis del ADN se puede llegar a obtener una información sobre la salud futura de la persona humana. Y, si bien es conveniente para previsiones médicas que permitirán tratar de evitar o paliar una dolencia o sus efectos, como hemos señalado, también tenemos que reconocer que puede resultar siendo motivo de discriminación, porque aunque la pre-disposición genética sea sólo probable, por la intervención de otros factores, es posible que ciertas personas sean segregadas laboralmente, no aceptada para la realización de ciertas actividades o sean consideradas no aptas para la contratación de un seguro.

Como se podrá apreciar, en la primera hay un aspecto primordial olvidado y es que el fondo es de los asegurados y no del asegurador que sólo lo administra. Es a partir de este concepto que la actividad aseguradora es supervisada en todos los países del mundo sin que nadie lo cuestione, pero habiéndose el olvidado la razón de que en muchos casos, como en el Perú, sea la propia.

El seguro busca dispersar los riesgos haciéndolos más afrontables, minimizando el impacto en las personas (naturales o jurídicas), con grandes ventajas para la sociedad y puede entenderlo como la cobertura por el asegurador de un riesgo, claramente delimitado, que le traslada el asegurado pagándole una cantidad de dinero que se denomina prima, que debe ser proporcional al peligro asumido y a su probabilidad de ocurrencia. El problema de esta concepción, por lo demás correcta, es que individualiza la relación, olvidando la dimensión mutual de la institución en la que el seguro es la constitución de una bolsa por el aporte de varios para que ésta sirva para indemnizar al asegurado que sufra una pérdida. En esta otra perspectiva el asegurador es solo el administrador de la bolsa o fondo y cobra con las utilidades que obtiene. Como se podrá apreciar, en la primera hay un aspecto primordial olvidado y es que el fondo es en realidad de los asegurados y no del asegurador que sólo lo administra. Es a partir de este concepto que la actividad aseguradora es supervisada en todos los países del mundo sin que

nadie lo cuestione, pero habiéndose el olvidado la razón, y que en muchos casos, como en el Perú, sea la propia Constitución la que establezca la supervisión por una entidad estatal que en nuestro caso es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's.

Regresando a nuestro tema, vale la pena hacer notar que los riesgos más probables no son necesariamente rechazados por los aseguradores, sino que su costo es mayor, lo que ocurriría en los riesgos genéticos que agravan el del asegurado. A esto habría que agregar que en los casos de seguros de vida el riesgo asegurado, la muerte, es un hecho seguro, más lo incierto es la fecha de ocurrencia, por lo que la información genética no cuestiona la existencia de este tipo de pólizas, ya que las predisposiciones no eliminan la incertidumbre del cuándo se exteriorizarán. Como es sabido en este tipo de seguro (vida) es importante para el asegurador conocer el estado de salud del asegurado, para lo que exige se completen cuestionarios y, en los casos de sumas aseguradas mayores, se tomen exámenes médicos, de laboratorio y otras pruebas clínicas.

La problemática se desplaza entonces al principio de buena fe contenido en el “deber de declaración” del asegurado cuyo objetivo es el conocimiento por el asegurador de su estado de salud y que se satisface con las respuestas al cuestionario anexado a la solicitud y con los exámenes médicos y adicionales mencionados que requieren del consentimiento implícito del asegurado como parte de su deber precontractual, pero su negativa cierra el proceso de selección y libera al asegurador del compromiso de celebración del contrato.

La pregunta entonces cae por su propio peso y es si las partes pueden pactar el sometimiento a exámenes genéticos para verificar su predisposición a enfermedades relevantes. Resulta evidente que la compañía aseguradora tiene especial interés, ya que de tal manera mejorará su selección de riesgos, pero del otro lado está el del potencial asegurado que tiene todo el derecho a negarse a dar acceso a información que es parte de su derecho a la intimidad. De lo que resulta un conflicto de intereses en el que los posibles asegurados temen que los aseguradores puedan usar la información genética para negar la cobertura e invadir su intimidad y del otro los últimos recelan de la posibilidad que los primeros puedan usar las pruebas para contratar o no una póliza, es decir una de las cosas que más les preocupa que es la anti-selección.

6. Posible discriminación en seguros

Como hemos visto, la información genética es parte del derecho a la intimidad de la persona y un test genético no puede ser tomado sin su consentimiento, ni la información que resulte divulgada, salvo que medien razones de fuerza mayor o sean necesaria para el bienestar social,

Resultan bastante obvias, como se ha expuesto, las consecuencias que la información que puede proporcionar la genética para los seguros, especialmente para las pólizas de vida y de salud. Las aseguradoras podrían, entonces, exigir un examen que proporcione el código genético del potencial cliente y a partir de éste estarían en posición de rechazar la emisión de la póliza o, eventualmente, incrementarle la prima. El problema que se enfrenta, entonces, es hasta qué punto tienen derecho a hacerlo y si pudieran darse casos de discriminación por tal motivo.

Respecto de la primera pregunta considero que más tarde o más temprano se podrá exigir el examen, ya que si revisamos la historia veremos que así como avanza la técnica se ha ido incrementando la cantidad de exámenes que los aseguradores requieren a sus solicitantes y difícilmente éste será la excepción.

La contratación de un seguro implica una decisión de quien lo requiere con todas sus consecuencias. Los exámenes hoy exigidos pudieron ser considerados también parte del ámbito del derecho a la intimidad, pero han terminado por imponerse. De otro lado, no es posible oponerse a que terceros conozcan este tipo de información, si el posible asegurado desea proporcionarla, aunque siempre podría alegarse el derecho de los familiares. Si la ley optara por prohibir que los aseguradores exijan las pruebas, éstos podrían decidir dar descuentos a quienes acepten someterse a los mismos y se llegaría a casi lo mismo.

En mi opinión, la solución tendría que ir por prohibir el rechazo por un asegurador de un candidato, por razones genéticas, obligándolo a emitir la póliza con el recargo respectivo, pero limitando también tal incremento para evitar que se convierta en un argumento disuasivo de la contratación. Me imagino que lo que se argüirá en contra es que de esa manera se incrementarán las primas para quienes tienen un mejor código genético o una mejor salud, lo que, si se sustenta técnicamente con cifras, tendría sentido. Sin embargo, considero que al final, es mejor que todos tengan

cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador. Me gusta por eso la propuesta del filósofo norteamericano John Rawls que sostiene que tenemos que legislar “tras un velo de ignorancia”, es decir sin saber cuál es nuestra situación en la vida.

En la justicia como imparcialidad – noción primordial en Rawls – la posición original corresponde al estado de naturaleza de las teorías tradicionales. Obviamente, la posición original es puramente hipotética y es concebida con la única intención de facilitar la elaboración de la concepción de justicia. Rawls caracteriza esta situación hasta llevarla a que los principios de la justicia se esconden “tras un velo de ignorancia”, siguiendo la imagen ciega que de la justicia tenían los romanos. Esto significa que hipotéticamente nadie conoce su situación en la sociedad (posición, status, etc), ni sus cualidades naturales, ni siquiera su concepción acerca del bien.

Para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales” y en consecuencia no importa si las leyes o las instituciones son eficientes cuando éstas son injustas. Siguiendo a Kant sostiene que cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad no puede atropellar. En consecuencia, los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo de intereses sociales. La verdad y la justicia, como las primeras virtudes de la actividad humana, no están sujetas a transacciones.

Rawls asume, siguiendo la teoría del contrato social de Rousseau, que la sociedad es una especie de asociación, con ciertas reglas para que los miembros puedan obtener ventajas mutuas y en consecuencia se caracteriza, tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Esto hace necesarios un conjunto de principios en base a los cuales la distribución de beneficios y cargas sea equitativa y correcta. Una sociedad está bien ordenada no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando está efectivamente regulada por un concepto de justicia, es decir que se trata de una sociedad en la que: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”. El deseo que tienen todos de justicia limita la persecución de otros fines.

La prescripción de los contratos de seguros en México

Paulo Medina Magallanes¹

Resumen: Análisis e comentarios sobre la ley del contrato de seguro y decisiones cuento la prescripción de las acciones en los contratos de seguros en México.

Palabras Clave: Prescripción, contrato de seguro, derechos pecuniarios, ocurrencia de siniestro, plazo.

Abstract: Analysis and comments on the insurance agreements law and on the decisions regarding the prescription of the shares in the insurance agreements in Mexico.

Keywords: Prescription, insurance agreement, monetary rights, occurrence of loss, deadline.

La figura de la prescripción de las acciones en los contratos de seguros en México se encuentra prevista en la propia Ley sobre el contrato de seguro, en sus artículos 81 a 84, los cuales se transcribirán y serán brevemente analizados por cuanto a su alcance y contenido:

A) *“Artículo 81 - Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescribirán:*

I. En cinco años, tratándose de la cobertura de fallecimiento en los seguros de vida.

II. En dos años, en los demás casos.

1 - Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana (Ciudad de México). Especialidad en derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Panamericana (Guadalajara). Miembro del Comité Jurídico del Consejo de Cámaras Industriales de Jalisco, de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas, de la Asociación International de Derecho de Seguros (AIDÁ); del Consejo Director del Instituto Brasileño de Derecho de Seguros (IBDS). Autor de artículos e libros sobre seguros, responsabilidad civil y contrato de seguro. Socio director de Medina Abogados.

En todos los casos, los plazos serán contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen.”

El tema que en mi opinión debe destacarse de este precepto es el referente a cuándo empieza a correr el plazo de prescripción, que conforme a su último párrafo sería el acontecimiento que les da origen a dichas acciones.

En principio, pareciera fácil, considerar que dicho acontecimiento es el siniestro o acaecimiento del riesgo conforme lo establecido en el artículo 1º de dicha ley:

“Artículo 1º - Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.”

Sin embargo, no es posible, en mi opinión, hacer simplonamente dicha aseveración. Y así lo considero por las siguientes razones:

1. De acuerdo con los artículos 69 y 71 del mismo cuerpo legal:

“Artículo 69 - La empresa aseguradora tendrá el derecho de exigir del asegurado, o beneficiario, toda clase de informaciones sobre los hechos relacionados con el siniestro y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo.”

“Artículo 71 - El crédito que resulte del contrato de seguro vencerá treinta días después de la fecha en que la empresa haya recibido los documentos e informaciones que le permitan conocer el fundamento de la reclamación.”

Será nula la cláusula en que se pacte que el crédito no podrá exigirse sino después de haber sido reconocido por la empresa o comprobado en juicio.”

No es sino hasta los treinta días posteriores a que la empresa de seguros haya recibido toda la documentación e información solicitada (lo hace a través de los ajustadores designados), que el crédito derivado del contrato de seguro por la ocurrencia del siniestro se vuelve exigible. Bajo esta tesis parece que no es el siniestro o hecho dañoso, el que hace nacer las obligaciones de pago para el asegurador, pese a que desde ese momento se tenga el derecho de reclamarle a la empresa de seguros.

A mayor abundamiento, si bien la garantía otorgada por la aseguradora rige desde la celebración del contrato de seguro, los derechos pecuniarios solo se gestan a partir de la ocurrencia del siniestro, y bajo los términos anteriores, las acciones derivadas de la existencia de un crédito derivado del contrato de seguro solo nacen hasta treinta días posteriores a que la empresa de seguros haya recibido toda la información y documentación por ella solicitada, sobre los hechos relacionados con el siniestro y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo.

Por tanto, si no es hasta ese momento que puede exigirse el crédito, debería considerarse que la fecha del acontecimiento que les dio origen a las acciones es esta. Incluso se han dictado por nuestros Tribunales Federales las siguientes tesis, en las que se distingue entre el derecho y la acción que puede ejercitarse, aunque en la primera de ellas se trata de otras hipótesis de fondo, y que parecen abrir la puerta para que el trigésimo día posterior sea el considerado como el del acontecimiento que les da origen a las acciones derivadas de un contrato de seguro:

“Época: Novena Época

Registro: 163850

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXII, Septiembre de 2010

Materia(s): Civil

Tesis: I.4º.C.279 C

Página: 1220

CONTRATO DE SEGURO. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DEBE COMPUTARSE A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SE ACTUALIZAN LOS ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN DEDUCIDA.
El artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro prevé como punto de partida para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones derivadas de un contrato de seguro, la fecha del acontecimiento que les dio origen. Como se puede advertir, en primer lugar, el referido precepto dispone expresamente, como objeto de la prescripción, las acciones derivadas del contrato de seguro. Cualquiera que sea la teoría

de la acción adoptada, para estimar que el actor está en aptitud de reclamar “lo que se le debe” (corriente clásica) o bien, para solicitar al órgano del Estado que, en ejercicio de la función jurisdiccional, inicie un proceso donde, mediante una resolución definitiva, dirima el litigio planteado (corriente contemporánea) es necesario no sólo la existencia del supuesto normativo donde se prevea el derecho aducido en el juicio, sino además, es menester la actualización de ese supuesto. De otra manera no hay base para estimar que el demandado “debe” al actor alguna prestación (conforme a la corriente clásica) ni para determinar la existencia de un interés jurídico en accionar, por no existir una situación de hecho contraria a derecho, subsanable únicamente por la intervención del órgano jurisdiccional, a través de la providencia expedida al efecto por este (conforme a la corriente actual). En segundo lugar, la Ley sobre el Contrato de Seguro no define que debe entenderse por el “acontecimiento” que le da origen a la acción. El Diccionario de la Lengua Española define al acontecimiento, como “M. Hecho o suceso, especialmente cuando reviste cierta importancia”. Al relacionar este concepto con el contrato de seguro se puede considerar que el “acontecimiento” podrá en algunas ocasiones coincidir con el “siniestro”, esto es, con la realización del riesgo (eventualidad objeto del contrato) y ese siniestro será distinto dependiendo del tipo de seguro. Pero, además, en orden al tipo de acción admisible de ejercerse con fundamento en el contrato de seguro es evidente la posibilidad de supuestos, donde “el acontecimiento” no coincide con el siniestro; por consiguiente, en cada caso deberá de analizarse el tipo de acción ejercida. Ahora bien, como el hecho causante de la prescripción extintiva es la inercia durante cierto tiempo del titular del derecho, es evidente que no pueden extinguirse por prescripción los derechos cuya pertenencia al sujeto no dependan de su voluntad; por ende, la prescripción no empieza a correr respecto a derechos que no están todavía a disposición del titular, pues si no dependen de su voluntad, esta (expresada a través de la impasibilidad y el no hacer) no puede dar origen a su pérdida. Sobre estas bases es dable concluir que el acontecimiento que da inicio al cómputo de la prescripción es aquel a partir del cual se surten los

elementos del supuesto normativo de la pretensión deducida; así por ejemplo, en la pretensión de pago de la suma asegurada en la cláusula tercera del seguro colectivo de retiro, póliza CR0001, el acontecimiento generador de la acción es la actualización de los requisitos pactados, a saber: a) la edad mínima de cincuenta y cinco años del servidor público; b) la baja definitiva en el servicio público, y c) el cumplimiento de quince o más años de servicio e igual tiempo de cotización al ISSSTE y/u organismo respectivo. Por consiguiente, los tres elementos deben coincidir a un mismo tiempo, para que el servidor público esté en aptitud de solicitar el pago de la suma asegurada, lo cual ha de acontecer desde que el trabajador es pensionado, porque en ese supuesto ya tiene como mínimo cincuenta y cinco años de edad, causó baja definitiva y tiene los años de servicio y cotización necesarios, tanto para pensionarse como para reclamar el pago de la suma asegurada en el contrato colectivo de retiro. Antes de satisfacer esos elementos no hay base sobre la cual el servidor público pueda exigir el derecho ni acudir al órgano jurisdiccional, en caso de que éste no le sea respetado y se haga indispensable el ejercicio de la acción o, en su caso, incurrir en inercia.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 339/2010. Carlos Soriano Rodríguez. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.”

“Época: Novena Época

Registro: 183321

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XVIII, Septiembre de 2003

Materia(s): Civil

Tesis: I.9º.C.106 C

Página: 1359

CONTRATO DE SEGURO. MOMENTO EN QUE EMPIEZA A CONTAR EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE. De los artículos 1º, 8 y 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro se advierten dos circunstancias esenciales: que la obligación de la compañía aseguradora de cubrir la indemnización nace “al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”, esto es, cuando ocurrió el siniestro y que las acciones derivadas “de un contrato de seguro” (entre ellas la de indemnización) prescriben en dos años “contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen”. Para determinar a que se refiere el artículo 81 en su parte “contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen”, cabe subrayar que la frase “les dio origen” está redactada en plural, al igual que “las acciones”, en tanto que la frase “de un contrato de seguro” está redactada en singular; de donde se concluye que se refiere al acontecimiento que dio origen a las acciones y no al contrato, pues de ser esto último existiría una imperfección tanto en la redacción del artículo como en su comprensión.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3899/2003. Grupo Nacional Provincial, S.A. 6 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Serrano Oseguera. Secretario: José Antonio Franco Vera.”

Ahora bien, en relación a los seguros de responsabilidad civil el acontecimiento que da origen a las acciones derivadas del contrato de seguro o de la cobertura específica de responsabilidad civil, es más complejo aún. La Ley sobre el contrato de seguro no es clara en este punto, pues por una parte el artículo 145 establece:

“Artículo 145 - En el seguro contra la responsabilidad, la empresa se obliga hasta el límite de la suma asegurada a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro.

Tratándose de los seguros obligatorios a que hace referencia el artículo 150 Bis de esta Ley, la empresa estará obligada a cubrir los riesgos asegurados hasta los montos indemnizatorios o las sumas aseguradas

por persona o por bien, así como, en su caso, los acumulados por evento, que se establezcan en las disposiciones legales respectivas o en las administrativas de carácter general que se deriven de las mismas, vigentes al celebrarse el contrato.

Para los riesgos respecto de los cuales las disposiciones a que se refiere el párrafo anterior no determinen el monto indemnizatorio o la suma asegurada obligatorios, se estará a lo dispuesto en el artículo 86 de la presente Ley para determinar el límite de la suma asegurada.”

Esto implica que el mismo numeral contempla dos posibles hechos, que pudieran considerarse como el acontecimiento que da origen a las acciones:

1. El débito (deuda). Y ello, sin entrar a más complicaciones concernientes a determinar a cuál débito se refiere, si al de responsabilidad o al económico (*schuld y haftung*).

2. El hecho dañoso.

Pero más aún, el artículo 150 apunta a otra hipótesis diferente al señalar:

“Artículo 150 - El aviso sobre la realización del hecho que importe responsabilidad deberá darse tan pronto como se exija la indemnización al asegurado. En caso de juicio civil o penal, el asegurado proporcionará a la empresa aseguradora todos los datos y pruebas necesarios para la defensa.”

Por lo tanto, pareciera ser que el riesgo cubierto es el reclamo por parte del tercero afectado.

Máxime que, a diferencia de los demás seguros, a este caso no le resultaría aplicable el supuesto contemplado en el artículo 66 del mismo cuerpo normativo, que establece:

“Artículo 66 - Tan pronto como el asegurado o el beneficiario en su caso tengan conocimiento de la realización del siniestro y del derecho constituido a su favor por el contrato de seguro, deberán ponerlo en conocimiento de la empresa aseguradora.

“Soho disposición en contrario de la presente ley, el asegurado o el beneficiario gozarán de un plazo máximo de cinco días para el aviso que deberá ser por escrito si en el contrato no se estipula otra cosa.”

Del cual se deduce que el aviso debe darse cuando se produzca el siniestro que yo equiparo al hecho dañoso.

Bajo estas premisas, el riesgo cubierto, bien podría considerarse que es cualquiera de los siguientes:

- i. El hecho dañoso.
- ii. El débito.
- iii. El reclamo.

La problemática anterior tiene directa relación con el tema de los seguros *claims made y occurrence*, que si bien no son el tema a tratar en estas líneas, bien pueden darle luz.

Y concluyendo hoy por hoy no existen, al menos del conocimiento de quien escribe esto, criterios de los Tribunales que se inclinen a favor de una u otra hipótesis, por lo que dependerá de la argumentación vertida en la acción intentada para su procedencia en juicio.

B) *“Artículo 82 - El plazo de que trata el artículo anterior no correrá en caso de omisión, falsas o inexactas declaraciones sobre el riesgo corrido, sino desde el día en que la empresa haya tenido conocimiento de él; y si se trata de la realización del siniestro, desde el día en que haya llegado a conocimiento de los interesados, quienes deberán demostrar que hasta entonces ignoraban dicha realización.”*

Tratándose de terceros beneficiarios se necesitará, además, que éstos tengan conocimiento del derecho constituido a su favor.”

Este numeral encierra desde mi punto de vista lo siguiente:

1. La posibilidad de que el asegurador ejerza acciones en los mismos plazos, en contra del asegurado, derivadas de omisiones y/o inexactas declaraciones en el cuestionario inserto en la solicitud, mediante el cual se le solicita a la empresa aseguradora, cubra las consecuencias económicas que se le pretenden transladar ante la ocurrencia de determinados riesgos.

Si bien en México la sanción prevista en la ley de la materia para el caso de reticencia, es la rescisión de pleno derecho, es decir la terminación anticipada del contrato de seguro sin necesidad de declaratoria judicial, conforme al artículo 47 de la misma:

“Artículo 47 - Cualquiera omisión o inexacta declaración de los hechos a que se refieren los artículos 8, 9 y 10 de la presente ley, facultará a la empresa aseguradora para considerar rescindido de pleno derecho el contrato, aunque no hayan influido en la realización del siniestro.”

Es siempre y cuando se cumpla con los extremos contemplados en los artículos 8º y 48 del mismo cuerpo legal:

“Artículo 8º- El proponente estará obligado a declarar por escrito a la empresa aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que puedan influir en las condiciones convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato.”

“Artículo 48 - La empresa aseguradora comunicará en forma auténtica al asegurado o a sus beneficiarios, la rescisión del contrato dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que la propia empresa conozca la omisión o inexacta declaración.”

Esto es, que la rescisión de pleno derecho tenga como origen una omisión y/o inexacta declaración:

- i. Sobre hechos importantes para la apreciación del riesgo.
- ii. Respecto a preguntas expresas contenidas en el cuestionario relativo.
- iii. Que sea comunicado en forma auténtica al asegurado o beneficiario dentro de los treinta días naturales siguientes a que sean conocidos por la aseguradora.

Pese a lo anterior, y en opinión de quien esto escribe, el numeral que ahora se comenta (82) contempla la posibilidad de que si no se hubiera realizado dicha rescisión de pleno derecho, pueda ejercitarse dentro de los plazos señalados en el artículo 81 la acción de rescisión del contrato de seguro vía judicial.

2. El segundo tema contemplado en este precepto es que la prescripción de las acciones derivadas de un contrato de seguro al tratarse de la ocurrencia de un siniestro, no empieza a correr sino desde que el interesado en el cobro del seguro tenga conocimiento de este, teniendo la carga de la prueba dicho interesado en demostrar que antes no tenía conocimiento de ello, volviéndose casi nugatoria dicha posibilidad, ante la casi absoluta imposibilidad de demostrar un hecho negativo.

3. Y el tercer y último tema considerado en el artículo 82 en comento estriba en que para el tercero beneficiario la prescripción no correrá sino a partir de que tenga conocimiento del derecho constituido a su favor dentro del contrato de seguro.

Hipótesis que aplica tanto si fuera el beneficiario designado en el contrato de seguro entendiendo que es en los casos de seguros de vida, como el tercero afectado en un tema de responsabilidad civil, verbigracia lo establecido en los siguientes numerales de la Ley sobre el contrato de seguro:

“Artículo 147 - El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.”

En caso de muerte de este, su derecho al monto del seguro se trasmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio.”

“Artículo 174 - El asegurado tendrá derecho a designar un tercero como beneficiario sin necesidad del consentimiento de la empresa aseguradora. La cláusula beneficiaria podrá comprender la totalidad o parte de los derechos derivados del seguro.”

C) *“Artículo 83 - Es nulo el pacto que abrevie o extienda el plazo de prescripción fijado en los artículos anteriores.”*

Este artículo no requiere de comentario alguno.

D) *“Artículo 84 - Además de las causas ordinarias de interrupción de la prescripción, ésta se interrumpirá por el nombramiento de peritos con motivo de la realización del siniestro, y tratándose de la acción en pago de la prima, por el requerimiento de pago.”*

Esto es, que la ley especial contempla tres posibles situaciones por las cuales puede interrumpirse la prescripción:

1. El precepto en comento envía en un primer momento al derecho supletorio para conocer y determinar cuáles son las causas ordinarias de la interrupción de la prescripción.

Si bien el contrato de seguro en México tiene una ley propia expedida en 1935 (Ley sobre el contrato de seguro) que ha sufrido diversas modificaciones, forma parte del derecho mercantil al ser considerado un acto de comercio conforme la fracción XVI del artículo del Código de Comercio:

“Artículo 75 - La ley reputa actos de comercio:

(...)

XVI- Los contratos de seguros de toda especie;”

Con base en lo anterior, es por lo que para efectos de analizar la interrupción de la prescripción en materia de seguros, es indispensable acudir en forma supletoria al Código de Comercio, el cual en su numeral 1041 establece:

“Artículo 1041 - La prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor.

Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella o fuese desestimada su demanda.”

Y para efectos de dejar en claro lo que implica la interrupción de la prescripción vale la pena invocar la siguiente tesis dictada por los Tribunales Federales mexicanos:

“Época: Novena Época

Registro: 168829

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXVIII, Septiembre de 2008

Materia(s): Civil

Tesis: I.9º.C.148 C

Página: 1388

PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO. SI EN LA LEY RELATIVA NO SE ESTABLECEN LOS EFECTOS DE SU INTERRUPCIÓN DEBE APLICARSE SUPLETORIAMENTE EL ARTÍCULO 1175 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL. La Ley sobre el Contrato de Seguro contempla la figura jurídica de la prescripción, sin embargo, aunque establece cuáles serán las causas para la interrupción de la prescripción, no precisa el efecto de aquélla respecto de la prescripción. En ese contexto, aun cuando la citada legislación no prevé expresamente como de aplicación supletoria el Código Civil Federal, lo cierto es que los contratos de seguro se reputan actos de comercio, como dispone el artículo 75, fracción XVI, del Código de Comercio, por lo que le es aplicable de manera supletoria, en lo sustantivo, el Código de Comercio, legislación que en el artículo 2º. admite de manera expresa la supletoriedad del Código Civil Federal. Por ende, toda vez que la Ley sobre el Contrato de Seguro no regula los efectos de la interrupción de la prescripción, se debe acudir al artículo 1175 del Código Civil Federal, que expresamente señala: “El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.”

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 449/2008. Mapfre Tepeyac, S.A. 11 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: Ma. del Carmen Meléndez Valerio.

Amparo directo 450/2008. HSBC Seguros, S.A de C.V., Grupo Financiero HSBC. 11 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: Ma. del Carmen Meléndez Valerio.”

Situación distinta a la suspensión de la prescripción que se analizará más adelante y cuyos efectos son inutilizar el tiempo corrido después de ella.

Por ende, las causas ordinarias de la interrupción de la prescripción son:

1.1. La presentación de la demanda o de cualquier otro género de interpelación judicial hecha al deudor, como se corrobora con el siguiente criterio jurisprudencial de aplicación obligatoria para todos los Juzgados mexicanos:

“Época: Décima Época

Registro: 2010411

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I

Materia(s): Civil

Tesis: 1^a/J. 52/2015 (10^a.)

Página: 776

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY RELATIVA. SI EL ÚLTIMO DÍA PARA QUE OPERE ES INHÁBIL, LA DEMANDA PODRÁ PRESENTARSE EL DÍA HÁBIL SIGUIENTE. El precepto citado prevé que todas las acciones derivadas de un contrato de seguro prescribirán en dos años, excepto en tratándose de la cobertura de fallecimiento en los seguros de vida, cuyo plazo de prescripción es de cinco años. Ahora bien, en los supuestos en que el último día para que opere dicha prescripción sea inhábil, de conformidad con el artículo 1076 del Código de Comercio (supletorio a la Ley sobre el Contrato de Seguro), y en observancia al derecho humano de tutela judicial efectiva, se tendrá que habilitar al gobernado para presentar su demanda al día hábil siguiente y, por consiguiente, con su presentación se tendrá por interrumpida la prescripción de la acción contenida en el artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, como lo establece el numeral 1041 del código referido.

Contradicción de tesis 253/2014. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 10 de junio de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el AD. 266/2006, con la tesis de rubro: “PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO. SI EL ÚLTIMO DÍA PARA QUE OPERE ES FERIADO, NO PUEDE ACTUALIZARSE SINO UN DÍA DESPUÉS DE ESTE ÚLTIMO (APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL A LA LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO)”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, enero de 2007, página 2292, registro digital: 173512.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, al resolver el AD. 407/2014, determinó que tratándose de prescripción de acciones derivadas del contrato de seguro, no es aplicable en forma supletoria a la legislación de seguros lo previsto en el artículo 1180 del Código Civil Federal, sino dada su naturaleza debe aplicarse lo previsto en el diverso 84 del Código de Comercio.

Tesis de jurisprudencia 52/2015 (10^a). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticuatro de junio de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de noviembre de 2015 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 17 de noviembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.”

1.2. El reconocimiento de obligaciones, con lo cual podría llegar a considerarse que el convenio de ajuste es tal, aunque los montos pudieran estar en disputa.

1.3. La renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, que en materia de seguros, considero no aplica.

2. En este tema, la misma Ley sobre el contrato de seguro, contempla el nombramiento de peritos para efectos de la valuación del daño:

“Artículo 117 - La empresa aseguradora y el asegurado pueden exigir que el daño sea valuado sin demora. En caso de destrucción parcial de productos agrícolas, especialmente por el granizo, la valuación del daño deberá aplazarse hasta la cosecha, si una de las partes así lo solicita.”

“Época: Séptima Época

Registro: 245794

Instancia: Sala Auxiliar

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen 89, Séptima Parte

Materia(s): Civil

Tesis: Ver nota 2

Página: 31

SEGUROS, INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EMANADAS DE LOS CONTRATOS. De una interpretación sistemática del artículo 84 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, se concluye que el nombramiento de peritos que establece dicha disposición como medio para interrumpir el término para que opere la prescripción de la acción para exigir el pago de los daños sufridos con la realización del siniestro, se refiere exclusivamente al nombramiento de peritos hecho por las partes en el contrato de seguro, que tiene como motivo inmediato la realización del siniestro y como finalidad la reparación de los daños causados por el mismo, en los casos que la propia ley establece, y no el que se hace en otros casos, en los que la realización del siniestro sea una causa mediata del nombramiento de los peritos, como lo son la averiguación

2 - Sitio para acceso: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1&e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=245794&Dominio=Rubro,Texto&TA_Tj=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=0&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=245794&Hit=1&IDs=245794&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

previa y el proceso penal que se instauran con motivo del mismo, y éstos no se designen por los contratantes ni con la finalidad indicada.

Amparo directo 4580/72. Internacional Model, S. de R.L. 11 de mayo de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Livier Ayala Manzo. Secretario: Leonel Castillo González.”

3. Asimismo, el artículo en comento contempla que, tratándose de la acción de cobro de la prima que tiene el asegurador para con el asegurado, ante la falta de pago de la contraprestación debida por la garantía otorgada en el contrato de seguro, se interrumpirá la prescripción con el requerimiento de pago, sin señalar como debe realizarse el mismo, sí vía judicial, extrajudicial, con fedatario público etc.

4. Pero además y aunque no esté contemplado en la Ley de la materia, debe apuntarse que conforme con el artículo 66 de la Ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros,

“Artículo 66 - La reclamación que reúna los requisitos señalados, por su sola presentación, interrumpirá la prescripción de las acciones legales correspondientes, hasta que concluya el procedimiento.”

La presentación de una reclamación en contra de la empresa de seguros, ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), también interrumpe la prescripción durante todo el tiempo que dure el procedimiento conciliatorio ante dicho organismo desconcentrado, conforme con el siguiente criterio:

“Época: Novena Época

Registro: 168828

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXVIII, Septiembre de 2008

Materia(s): Civil

Tesis: I.9° C.149 C

Página: 1388

PRESCRIPCIÓN. TÉRMINO DURANTE EL CUAL SE INTERRUMPE. LEY DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. El artículo 66 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros establece que la reclamación presentada ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros que reúna los requisitos establecidos en esa legislación, por su sola presentación, interrumpirá la prescripción de las acciones legales correspondientes, hasta que concluya el procedimiento. De lo anterior se desprende que el lapso durante el cual se interrumpe el término para la prescripción previsto en el artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, debe computarse hasta la conclusión de ese procedimiento, por lo que será hasta que se notifique a las partes de lo resuelto en el mismo cuando comience a correr nuevamente el término previsto por el artículo 81 de la citada legislación para la prescripción de las acciones que se deriven de un contrato de seguro.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 449/2008. Mapfre Tepeyac, S.A. 11 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: Ma. del Carmen Meléndez Valerio.

Amparo directo 450/2008. HSBC Seguros, S.A. de C.V., Grupo Financiero HSBC. 11 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: Ma. del Carmen Meléndez Valerio.

5. Por último, vale la pena acotar que la Ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros ya citada, que entre otras cosas regula a la entidad pública desconcentrada denominada Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), contempla:

“Artículo 50 Bis - Cada Institución Financiera deberá contar con una Unidad Especializada que tendrá por objeto atender consultas y reclamaciones de los Usuarios. Dicha Unidad se sujetará a lo siguiente:

I. El Titular de la Unidad deberá tener facultades para representar y obligar a la Institución Financiera al cumplimiento de los acuerdos derivados de la atención que se dé a la reclamación;

II. Contará con encargados regionales en cada entidad federativa en que la Institución Financiera tenga sucursales u oficinas de atención al público;

Fracción reformada DOF 10-01-2014

III. Los gastos derivados de su funcionamiento, operación y organización correrán a cargo de las Instituciones Financieras;

IV. Deberá recibir la consulta, reclamación o aclaración del Usuario por cualquier medio que facilite su recepción, incluida la recepción en las sucursales u oficinas de atención al público y responder por escrito dentro de un plazo que no exceda de treinta días hábiles, contado a partir de la fecha de su recepción, y

Fracción reformada DOF 10-01-2014

V. El titular de la Unidad Especializada deberá presentar dentro de los diez días hábiles siguientes al cierre de cada trimestre, un informe a la Comisión Nacional de todas las consultas, reclamaciones y aclaraciones recibidas y atendidas por la Institución Financiera en los términos que la Comisión Nacional establezca a través de disposiciones de carácter general que para tal efecto emita.

Fracción reformada DOF 10-01-2014

La presentación de reclamaciones ante la Unidad Especializada suspenderá la prescripción de las acciones a que pudieren dar lugar.

Las Instituciones Financieras deberán informar mediante avisos colocados en lugares visibles en todas sus sucursales la ubicación, horario de atención y responsable o responsables de la Unidad Especializada. Los Usuarios podrán a su elección presentar su consulta o reclamación ante la Unidad Especializada de la Institución Financiera de que se trate o ante la Comisión Nacional.

Las Unidades Especializadas serán supervisadas por la Comisión Nacional.”

Por tanto la presentación de una reclamación ante la Unidad Especializada de Atención al Público (UNE) de una aseguradora, suspenderá la prescripción. Y como se comentó anteriormente, dicha suspensión de la prescripción provoca que se inutilice el tiempo posterior a ella y hasta tanto dé respuesta por escrito a la misma, lo cual debería ser dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de la reclamación.

Así es reconocido por la siguiente tesis, aunque esta se confunda entre suspensión e interrupción:

“Época: Novena Época

Registro: 167422

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXIX, Abril de 2009

Materia(s): Civil

Tesis: I.3º.C.734 C

Página: 1938

Prescripción en materia de seguros. La interrumpen las gestiones que realicen directamente los asegurados ante la unidad especializada de la compañía aseguradora. Conforme a lo previsto en los artículos 2º y 50 bis de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, las gestiones que realicen los asegurados ante la unidad especializada de la compañía demandada, constituyen una interrupción del plazo prescriptivo, ya que las reclamaciones a que se refiere el último numeral citado, son idóneas y suficientes para demostrar el interés del asegurado de hacer valer y mantener vigentes sus derechos frente a la aseguradora, además de que conforme a lo previsto en el artículo 66 de la ley de la materia, son causa de interrupción de la prescripción; sin que con ello se contrarie lo previsto en el artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, que establece el plazo de dos años para que opere la prescripción.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 9/2008. Alejandro Eugenio Montes Ávila. 6 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.”

Conclusiones

Tradicionalmente se ha considerado que la prescripción de las acciones derivadas de un contrato de seguro nacen con el acaecimiento del evento dañoso previsto en él. Pese a lo anterior, la interpretación propuesta al artículo 71 de la Ley sobre el contrato de seguro conlleva a afirmar que, si bien el siniestro genera derechos en contra de la aseguradora, no es hasta que pasen treinta días de haberse cumplido con la entrega de los documentos y informes exigidos por la aseguradora, cuando al volverse exigible el crédito, debe considerarse existente la acción en contra de la empresa de seguros.

Sub-rogação do segurador nos seguros de danos nos direitos português e brasileiro: eficácia, âmbito de aplicação, exceções oponíveis e ónus de não prejudicar

Francisco Rodrigues Rocha¹

Resumo: Analisam-se no presente artigo aspectos particulares da sub-rogação do segurador nos seguros de danos, designadamente o crédito transmitido, o momento da eficácia da transmissão, o âmbito subjetivo e objetivo de aplicação, as exceções oponíveis pelo devedor (em regra, o terceiro lesante) ao segurador sub-rogado e, por fim, o ónus (do segurado) de não prejudicar a sub-rogação. A análise toma como referente normativo o direito lusófono, em particular o brasileiro e o português.

Résumé: On analyse au présent article aspects particuliers de la subrogation de l'assureur dans les assurances de dommages, notamment le crédit transmis, le moment de l'efficacité de la transmission, le champ subjectif et objectif d'application, les exceptions opposables par le débiteur (d'ordinaire, le tiers lésant) au assureur subrogé et, enfin, la charge (de l'assuré) de ne pas empêcher la subrogation. L'analyse prend comme référent normatif le droit lusophone, particulièrement le brésilien et le portugais.

Palavras-chave: sub-rogação do segurador. Eficácia. Âmbito subjetivo e objetivo de aplicação. Exceções oponíveis. Ónus de não prejudicar a sub-rogação.

Mots clés: subrogation de l'assureur. Efficacité. Champ subjectif et objectif d'application. Exceptions opposables. Charge de ne pas empêcher la subrogation.

Sumário: 1. Introdução. 2. O crédito transmitido. Momento de eficácia da transmissão. 3. Exceções oponíveis pelo terceiro ao segurador. 4. Ónus de não prejudicar a sub-rogação. 5. Âmbito subjetivo. 6. Âmbito objetivo.

1 - Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

1. Introdução

I. A sub-rogação do segurador, mais serôdia que a sub-rogação em geral, data do séc. XVIII², tendo sido positivada durante o movimento codificador oitocentista (artigos 728º do CCom/50, 808º do *Allgemeines Deutsches Gesetzbuch* de 1869, 438º e 440º do *Codice di Commercio*³ de 1882, 22 da *loi sur le contrat d'assurance* belga de 1874, 780 do *Código de Comercio* espanhol de 1885, 2584º do CC do Baixo Canadá, 1788º do CCom/33 e 441º do CCom/88⁴), conquanto

2 - ** Abreviaturas usadas: ADM = *Anuario de Derecho Marítimo*; AntCG = Anteprojeto Cunha Gonçalves (1935); ASF = Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (anterior ISP = Instituto de Seguros de Portugal); BMJ = *Boletim do Ministério da Justiça*; CC/66 = Código Civil português de 1966; CC/02 = Código Civil brasileiro de 2002; CCom/50 = Código Comercial brasileiro de 1850; CCom/88 = Código Comercial português de 1888; CJ = *Colectânea de Jurisprudência*; DM = *Il Diritto Marittimo*; RJCS = Regime Jurídico do Contrato de Seguro português (Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de Abril); LCSAnot⁵ = AAVV, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016; MIA = *Marine Insurance Act* (1906); RJAS = Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora português (Lei nº 147/2015, de 9 de Setembro); RLJ = *Revista de Legislação e Jurisprudência*; ROA = *Revista da Ordem dos Advogados*; SORCA = Regime do Sistema de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel português (Decreto-Lei nº 297/2007, de 21 de Agosto).

HARDY IVAMY, *General Principles of Insurance Law*⁶, Butterworths, 1993, 493-494, reproduzindo as palavras de MACCARDIE, *John Edwards & Co. vs. Motor Union Insurance Co. Ltd.*, 1922, 2 KB, 249.

3 - À semelhança do *Code de Commerce* de 1807 (embora PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, vol. III, 6.^a ed., Henri Plon, Paris, 1857, 413-415, a fundasse nos artigos 836º e 849º na transmissão por abandono ao segurador das coisas seguras, se por elas houvesse a receber indemnização ou contribuição por avarias grossas; cf. o artigo 36º da *loi relative au contrat d'assurance* de 13-VII-1930), a sub-rogação legal do segurador não era prevista no *Codice di Commercio* italiano de 1865. Cf. também ENRICO BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, Giuffrè, Milão, 2010, 241-240. No direito português, o tema é recentemente tratado em profundidade por JOSÉ MIGUEL ALVES DE BRITO, *Sub-rogação no contrato de seguro. Introdução à transmissão de direitos ao segurador: algumas aplicações típicas*, FDUL, Lisboa, 2017, *passim*. No direito inglês, recusam fundá-la no abandono LOWNDES/RUDOLF, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, actualizada por D. J. Wilson/J. H. S. Cooke, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, 707⁽²⁷⁾.

4 - Não é, por pouco, oitocentista, mas destacamos, pelo relevo que assume, o artigo 79º do MIA de 1906.

negocial a sua génese. Hoje, vem consagrada, nos direitos português e brasileiro, respectivamente, nos artigos 136⁵ e 181º do RJCS e 786º e 800º do CC/02. A grande aplicação prática da figura e os problemas que suscita cedo despertaram a atenção dos juristas.

Abordaremos nas seguintes páginas aspectos de regime deste modo de transmissão de créditos que levantam amiúde, no direito brasileiro como no português, interrogações de variada índole.

2. O crédito transmitido. Momento de eficácia da transmissão

I. Na sub-rogação do segurador, é este sub-rogado na posição do segurado a quem solveu o crédito. O crédito, portanto, transmite-se do segurado para o segurador.

O crédito originariamente constituído na esfera do segurado que se transmite para o segurador pode ter a mais diversa natureza. Pode, como frequentemente sucede, ter como fonte a responsabilidade civil aquiliana (subjetiva ou objetiva)⁶, mas pode também basear-se na

5 - Cf. os artigos 44º/1 do Anteprojeto Moitinho de Almeida, 38º/1 do Anteprojeto Mário Raposo, 29º/1 do Anteprojeto APS, 82º do Anteprojeto Menezes Cordeiro e 133º/1 do Projeto RJCS 2007.

6 - O segurador também se sub-roga quando o dever de indemnizar a cargo do lesante consista numa reparação *in natura*, não obstante haja realizado a sua prestação em dinheiro. Com efeito, a prestação a cargo do segurador tanto pode ser pecuniária, como não pecuniária (artigo 102º/3, do RJCS), nos termos do que tiver sido estipulado pelas partes, sendo certo que, supletivamente, consistirá numa prestação em dinheiro. Pensamos que o benefício que o artigo 136º/1 do RJCS atribui ao segurador, mormente para atenuar os custos da indústria seguradora e, indirectamente, beneficiar a mole de segurados, permite estendê-lo a estes casos, em que o segurador paga em dinheiro ao segurado, quando, na relação de responsabilidade, o lesante está obrigado a indemnizar *in natura*. Efeito reflexo (necessário) desta circunstância será a sub-rogação provocar a transformação do crédito de reparação *in natura*, na relação de responsabilidade, em crédito indemnizatório pecuniário, contanto que o lesante não se veja prejudicado: se a lei “liga” créditos de natureza diversa (artigo 136º/1), também nos parece que permite a sub-rogação ainda que o crédito indemnizatório seja *in natura*; a norma é claramente favorável ao segurador, pelo que restringi-la nestes casos retirar-lhe-ia muita da sua operatividade. No sentido que defendemos, *e.g.*, CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, *sub* 441º, 578, ADRIANO ANTHERO, *Comentário...*, II, *sub* 441º, 184, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *Da sub-rogação no contrato de seguro*, FDUL, Lisboa, 2011, 39, *id*, *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015, 157-158, IOANNIS ROKAS, *Summenversicherung und Schadenersatz*, Duncker & Humblot, Berlim, 1975, 15⁽¹⁵⁾, sentença do BGH de 8. II. 1952 – V ZR 122/50 (OLG Düsseldorf), e a anotação de PRÖLSS, *Bürgerliches und Privatversicherungsrecht*, JZ, 7 (1952), 12, 367-369⁶.

responsabilidade contratual, precontratual, pelo sacrifício ou factos lícitos. Pode até nalguns casos nem sequer estar em causa um dever de indemnizar derivado de responsabilidade civil, mas antes um dever de contribuição com base nas avarias grossas ou, até, um dever de prestar contratual.

II. Discute-se o momento em que se torna eficaz a transmissão do crédito da esfera do segurado para a do segurador. Dividem-se a este respeito, fundamentalmente, duas teses.

Uma primeira considera sub-rogar-se o segurador no crédito do segurado no momento em que lho solve. Esta orientação encontra, hoje, arrimo, no direito português, na letra do artigo 136º/4 do RJCS (“fica sub-rogado”: igual, neste particular, ao anterior artigo 441º pr. do CCom/88) e no funcionamento, no direito civil geral, da sub-rogação legal (artigo 592º/1 do CC/66)⁷, e, no direito brasileiro, na letra dos artigos 786º do CC/02 (“sub-roga-se”) e, de igual modo, na dos 346º (“de pleno direito”) e 349º (“transfere”) do mesmo diploma.

Antagónica àquela surgiu uma tese que defende só se tornar eficaz a sub-rogação no momento em que comunicada ao devedor (lesante)⁸. Os seus fundamentos são variados e mudam

7 - Vd. ADRIANO ANTHERO, *Commentario...*, II, 184, CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, 578, PINHEIRO TORRES, *Ensaio...*, 129-130, VAZ SERRA, *Sub-rogação do segurador...*, *RLJ*, 94 (1961)/3204, 226, MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 217, BETTENCOURT DE FARIA, *O conceito...*, 792, JOSÉ VASQUES, *Contrato...*, 153, ROMANO MARTÍNEZ, *Direito dos Seguros...*, 120, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*², 820, *id.*, *Direito dos seguros...*, 755, COSTA OLIVEIRA, *LCS Ano²*, sub 136º, II, 3, 467, VIVANTE, *Trattato...*, IV⁴, 580, MANFREDI, *Commentario...*, V, sub 438, 222-223, CAPOQUADRI, *Assicurazione*, 1085, DONATI, *Il contratto di assicurazione...*, 183, SANTAGATA, *L'automaticità...*, *passim*, SALANDRA, *Dell'assicurazione...*, 308, GASPERONI, *Assicurazione (in generale)*, NDI I, 838, *id.*, *Assicurazioni contro i danni*, NsSDI, I, 1149, ENRICO STEIDL, *Il contratto di assicurazione*², 229.

8 - Cf. BUTTARO, *Assicurazione...*, 517, SERGIO FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*³, 448-451, DONATI/PUTZOLU, *Manuale...*, 169-170, SERGIO SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a sua tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.*, em *Assicurazioni* XXVII (1960), I, 205-225, FRANCESCO COCITO, *Le assicurazioni...*, 132-144, ANDREOLI, *Note...*, 1111 ss., GENOVESE, *Il fondamento...*, 25 ss., PASANISI, *Ancora...*, 534 ss., LA TORRE, *Il punto...*, 353 ss., ARTUR PINTO LUCAS, *Princípios...*, 98-99, e, na jurisprudência, Cass. 23. X. 1954, *Foro Pad.* (1955), I, 288, e Cass. 16. IV. 1954, n. 1166, FI (1954), I, 579.

consoante os pontos de partida dos autores que a propugnam: (i) a aproximação da sub-rogação do segurador ao enriquecimento sem causa, que não funciona automaticamente⁹, ou, ao invés, à cessão de créditos, embora não se renuncie a considerar o instituto como peculiar forma de transmissão¹⁰, sendo que outros, ainda, atendendo à *ratio* do aligeiramento da mole de prémios, e sobretudo entendendo que o princípio indemnizatório não está na base da sub-rogação, sustentam que a sub-rogação é um poder que apenas o segurador deve julgar se exercita ou não, podendo ou não, se acordado, o segurado perceber duas indemnizações¹¹; (ii) a sub-rogação do segurador não é verdadeira sub-rogação, pois paga um débito próprio, que não alheio¹²; (iii) a expressão “*fica sub-rogado*” e o argumento literal daí resultante não são, de todo, determinantes, pois há outras disposições que usam semelhante expressão sem que haja propriamente automatismo absoluto¹³⁻¹⁴; (iv) outras disposições quando se referem a direito de sub-rogação enfatizam a faculdade do segurador em sub-rogar-se, enquanto poder-dever ou poder potestativo, o qual deve ser exercido mediante declaração *ad hoc*¹⁵; (v) os antecedentes históricos da figura demonstram ser necessária à sub-rogação a notificação ao lesante¹⁶; (vi) contra o argumento de que, não fora a automaticidade, o lesado poderia perceber duas indemnizações, violando o princípio indemnizatório, o artigo 136º/2 do RJCS, obvia a essas situações¹⁷; (vii) relativamente ao perigo de violação do princípio indemnizatório, esse também não é evitável pela tese da automaticidade, pois o segurado pode sempre, antes do pagamento pelo segurador, fazer quanto lhe apraza com o seu

9 - Com este singular argumento, *vd.* ANDREOLI, *Note...*, 1099 ss. e 1126, comentando a sentença da Cass. 23. X. 1954, *Foro Pad.* (1955), I, 288, e Cass. 16. IV. 1954, nº. 1166, *FI*(1954), I, 579.

10 - LA TORRE, *Il punto...*, 357-360.

11 - PASANISI, *Ancora...*, 354, e DONATI/PUTZOLU, *Manuale...*, 169-170.

12 - FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*³, 448-451

13 - Nestes termos, por ex., ANDREOLI, *Note...*, 1099 e ss, GENOVESE, *Il fondamento...*, 25, LA TORRE, *Il punto...*, 353.

14 - GENOVESE, *Il fondamento...*, 25.

15 - ANDREOLI, *Note...*, 1099 ss., GENOVESE, *Il fondamento...*, 25 ss.

16 - ANDREOLI, *Note...*, 1113-1114, GENOVESE, *Il fondamento...*, 25.

17 - LA TORRE, *Il punto...*, 353 ss.

direito (o que só pode ser minorado, se o segurador, pagando a indemnização, notificar prontamente o terceiro)¹⁸; (*viii*) a tese da automaticidade não previne a dupla indemnização, depois do pagamento do segurador, pois, se não notificar o terceiro, este pode perfeitamente ignorar sem culpa a existência do seguro e, *a fortiori*, o pagamento da indemnização pelo segurador, pelo que o segurado estaria legitimado a receber a prestação¹⁹; (*ix*) a tese da automaticidade não permite que o segurador pague ocultamente e permita ao segurado, por conta daquele, obter a quantia do terceiro para a devolver ao segurador, pois, transmitindo-se o crédito automaticamente com o pagamento, ao segurado poderia ser eficazmente oposto que não é o atual titular do crédito²⁰; (*x*) a percepção pelo segurado duma indemnização do segurador é facto estranho à relação de responsabilidade, pelo que a relação de seguro não reage sobre esta no sentido de limitar os deveres do lesante: só o exercício do poder de sub-rogação, tornando eficaz perante o terceiro a transmissão do crédito de resarcimento ao segurador, coloca esse terceiro na posição de negar ao lesado a satisfação do crédito deferido ao segurador²¹.

Por nossa parte, cremos que, nos direitos português e brasileiro, a sub-rogação se dá automaticamente com o pagamento, com eficácia *inter partes* e perante terceiros, tendo, todavia, para ser eficaz perante o devedor, de ser-lhe comunicada ou por si conhecida (artigos 583º e 584º *ex vi* artigo 594º do CC/66 e 290º do CC/02 que deve também aplicar-se à sub-rogação legal)²². Não nos parece que o artigo 136º/4 do RJCS (nem, antes, o artigo 441º do CCom/88) preveja um regime especial que torne a sub-rogação imediatamente eficaz perante o devedor com o mero pagamento, assim como não

18 - LA TORRE, *Il punto...*, 353 ss.

19 - LA TORRE, *Il punto...*, 353 ss.

20 - LA TORRE, *Il punto...*, 356, FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*³, 448-451.

21 - PASANISI, *Ancora...*, 535, FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*³, 448-451.

22 - No sentido da consagração, no nosso Direito, da ideia de diferenciação dos planos de eficácia da cessão de créditos em relação às partes ou em relação ao devedor e a terceiros, *vd.* MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II⁵, 15-33, *eiusd.*, *Cessão de créditos*, 313 ss., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, 310 ss., ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 817-820, MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, II, 96-97, *id.*, *Tratado de Direito Civil*, IX, Almedina, Coimbra, 2014, 222-224.

nos parece que disponha no sentido de que o crédito só se transmite eficazmente *inter partes* com a notificação ao terceiro²³.

3. Exceções oponíveis pelo terceiro ao segurador

I. Nem o RJCS português nem o CC/02 brasileiro curam, em matéria de seguros, das exceções oponíveis pelo devedor ao segurador. É, todavia, indiscutível que, estando, como estamos, perante a transmissão dum crédito, se aplicam as regras gerais, em particular, no que ao direito português concerne, os artigos 585º do CC/66²⁴ e 294º do CC/02²⁵. Embora o artigo 594º não remeta para o artigo 585º do CC/66, uma vez que se trata dum princípio geral ínsito à transmissão de posições jurídicas (*nemo plus iuris in aliud transferre quam ipse habet*), e porquanto, caso contrário, o devedor seria colocado numa situação pior do que antes da transmissão, por uma situação em que não participou, os artigos 585º do CC/92 e 294º do CC/02 não podem deixar de aplicar-se à sub-rogação legal. Nestes termos, o devedor continuará a poder opor ao sub-rogado as exceções que impedissem a constituição do crédito (v.g., invalidade do negócio), o extinguissem (v.g., resolução, cumprimento, prescrição, compensação ou outro

23 - Um regime especial encontra-se, no direito português, no artigo 17º/4 da LAT, em matéria de seguro de acidentes de trabalho, pelo qual só pode o segurador sub-rogar-se contra o segurado quando este não tenha pedido a indemnização ao terceiro responsável durante o período de 1 ano.

24 - Ao abrigo do qual pode o devedor opor ao transmissário, ainda que este os ignorasse, os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o transmitente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da transmissão. O artigo 585º do CC não se aplica à sub-rogação voluntária pelo devedor – na qual o devedor transmitido só pode opor as exceções decorrentes da relação entre si e o cessionário/ sub-rogado –, mas aplica-se naturalmente à sub-rogação voluntária do credor e à legal. Cf., sobre o tema, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, 352. A *ratio* para que o devedor não possa opor ao sub-rogado exceções provenientes de facto posterior ao conhecimento da sub-rogação reside em pretender-se, deste modo, evitar que, por acordo, devedor e credor criem exceções em prejuízo do sub-rogado. Neste sentido, PANUCCIO, *Cessione del credito*, ED 6, 868, e MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, 350.

25 - Segundo o qual pode o devedor opor ao transmissário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o transmitente.

facto extintivo) ou paralisassem o seu exercício (*v.g.*, prazo da prestação, *exceptio non adimpleti contractus* ou *exceptio non rite*, ou direito de retenção)²⁶.

II. Importa apurar as excepções oponíveis pelo terceiro lesante ao segurador: *a)* a inexistência da obrigação resarcitória, *e.g.* por não ter causado ou não ter ocorrido a causar o sinistro ou por ter agido ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude; *b)* a superveniente extinção da obrigação em data anterior à sub-rogação; *c)* a prescrição do direito ao ressarcimento; *d)* a inexistência ou a nulidade do contrato de seguro; *e)* a ausência de todos ou alguns dos pressupostos da sub-rogação, *e.g.* a prestação feita pelo segurador ser superior ao dano efetivo, a prestação ter sido feita a pessoa diversa do segurado ou beneficiário²⁷; *f)* exceções relativas à relação lesante e segurado só podem ser opostas ao segurador, se anteriores ao conhecimento da transmissão; *g)* no seguro por conta de quem pertencer, o facto de ter sido feita a indemnização a pessoa diversa do titular do interesse segurado²⁸.

Não são, por seu turno, oponíveis ao segurador: *a)* a exceção de anulabilidade do contrato, por só poder invocada por aquele em

26 - Questão controversa, mas no que toca à cessão de créditos e à sub-rogação convencional, respeita a saber se o devedor pode opor ao cessionário exceções resultantes do próprio negócio de transmissão. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, 350-351, defende a regra de que os desvalores do negócio translativo não podem ser opostos ao cessionário quando correspondentes a situações de mera anulabilidade do negócio, que só pode ser invocada pelas pessoas em cujo interesse a lei estabelece o vício (artigo 287º/1 do CC/66), porém, perante situações de nulidade, como a simulação (artigo 240º do CC/66), a não pertença do crédito ao cedente (artigo 892º do CC/66) ou a preterição de forma legal para o negócio (artigos 220º e 578º/2 do CC/66), o vício pode ser eficazmente oposto pelo devedor (artigo 286º do CC/66); da mesma forma, se o devedor verificar pela notificação que a cessão foi sujeita a condição suspensiva ou a termo inicial e que os mesmos não se verificaram, pode opô-los ao cessionário. Subscrivemos a tese de MENEZES LEITÃO, que é de transpor para o instituto da sub-rogação.

27 - Cf. também LUCIANO DE MARCO, *La prova per testimoni del contratto di assicurazione nel giudizio contro il terzo responsabile del danno*, DM 105 (2003) 4, 1409-1411.

28 - Cf., ROSSETTI, *Le assicurazioni... II*, 2338-2340, DONATI, *Il contratto di assicurazione...*, 184.

cujo interesse a lei a estabelece (artigos 287º/1 do CC/66 e 177º do CC/02)²⁹.

III. Assunto controverso tem sido, igualmente, o do decurso do prazo de exercício (prescrição ou caducidade/decadência) do direito do segurado contra o lesante (nos seguros reais ou, pelo menos, naqueles que compreendem, também, uma “cobertura real”³⁰) em que subingressa o segurador, mormente quando o sinistro decorre de facto gerador de responsabilidade aquiliana, cujos prazos prescricionais são, consabidamente, mais curtos (artigo 498º do CC/66). A relação de responsabilidade entre segurado e terceiro pode ter as mais variadas causas: responsabilidade aquiliana, obrigatorial ou precontratual, subjetiva, objetiva, pelo sacrifício ou por factos lícitos. Não obstante, no caso paradigmático da subrogação – precisamente no seguro de coisas, que é aquele que é diretamente visado pelo artigo 136º –, a hipótese mais comum será a de responsabilidade aquiliana³¹.

O problema reside em saber se, sub-rogado o segurador, o prazo de exercício do direito (seja de prescrição, seja de caducidade/decadência) será aquele que já começara a correr contra o segurado, se, pelo contrário, será um prazo cuja contagem há-de começar de novo. No sentido de ser o mesmo prazo que o que já começara a correr contra o segurado depõem os artigos 585º do CC/66 e 294º

29 - ROSSETTI, *Le assicurazioni...*, II, 2338-2340, DONATI, *Il contratto di assicurazione...*, 184.

30 - É o caso da chamada cobertura de danos próprios no seguro automóvel. Vida FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *Sub-rogação do segurador e prescrição...*, 379 ss.

31 - SYLVIA PLASSMANN, *Der Regref des Sachversicherers gegen Dritte*, Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 2000, 11-25, PIERRE PANNIER, *Des droits de l'assureur...*, 31-32, IOANNIS ROKAS, *Summenversicherung und Schadenersatz*, Duncker & Humblot, 1975, 14, e SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*, VI 2, 356, 237, ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Prescripción en el seguro de responsabilidad civil*, em *Studi in onore di Antigono Donati*, vol. I – *Diritto delle assicurazioni*, Edizioni della Rivista Assicurazioni, AIDA, Roma, 1970, 323-330.

do CC/02, aplicáveis à sub-rogação³², ao permitir ao devedor opor ao *solvens*, ainda que este os ignorasse, os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o credor sub-rogado, com ressalva dos provenientes de facto posterior ao conhecimento da transmissão, ao mesmo tempo que se evita seja a posição jurídica do devedor prejudicada com a transmissão do crédito³³. No sentido contrário, de que, partir do momento em que cumpre a obrigação, começa a correr novo prazo de exercício do direito transmitido para a esfera jurídica do segurador sub-rogado, ao abrigo do artigo 498º/2 do CC/66, se tem pronunciado parte da jurisprudência portuguesa, com base nos seguintes argumentos: (*i*) só é possível um prazo prescricional começar a contar a partir do momento em que o direito puder ser exercido pelo seu titular (artigo 306º/1 do CC/66);

32 - *Vd. supra.*

33 - Neste sentido, na jurisprudência portuguesa, Ac. STJ 12. III. 1996 (MARTINS DA COSTA), proc. Nº 088081, Ac. TRP 11.II.1982, CJ (1982), I, 293, Ac. TRL 21.II.1985, CJ (1985), I, 171, Ac. TRP 9.X.1995, CJ (1995), IV, 208, Ac. TRP 25.I.2007 (FERNANDO BAPTISTA), proc. nº 0636971, Ac. TRP 2.III.2010 (VIEIRA E CUNHA), proc. nº 3180/04.2TJVNF, Ac. TRP 16.IX.2004 (FERNANDO BAPTISTA), proc. nº 0434073, Ac. TRP 9.I.2003 (JOÃO VAZ), proc. nº 0232193, Ac. TRP 9.V.2002 (SALEIRO DE ABREU), proc. nº 0230611, Ac. TRP 12.VI.1997 (LEMOS JORGE), proc. nº 96204649, Ac. TRL 26.III.2009 (TERESA SOARES), proc. nº 6724/2008-6, Ac. TRL 4.III.2008 (ESPÍRITO SANTO), proc. nº 1568/2008-7, Ac. TRC 25.IX.2007 (TÁVORA VÍTOR), proc. nº 255/1999, Ac. STJ 18.V.2011 (GONÇALVES ROCHA); na brasileira, Ac. TJSP 2.V.2017 (JOVINO DE SYLOS), proc. nº 1.011.490-71.2015.8.26.0003. Na doutrina, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Do pagamento com sub-rogação, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I – *Direito privado e vária*, Almedina, Coimbra, 2002, 122⁽³⁸⁾, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *Algumas notas em torno da cláusula CIF e do seguro de transporte de mercadorias, Temas de Direito dos Transportes*, vol. III, coord. M. Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2015, 299-300 e 307-311, *id.*, *Da sub-rogação...*, 83-89, *id.*, *Sub-rogação do segurador e prescrição – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10 de Março de 2016*, proc. Nº 436/12.4TBMRA.E1, RDES 57 (2016) 1/4, 390-399, MUSCHNER, *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*², Nomos, Baden Baden, 2011, Rüffer/Halbach/Schimikowski (org.), § 86, VIII, 643, PIERRE PANNIER, *Des droits de l'assureur...*, 179 ss.

(ii) não é previsto nenhum prazo para o caso da sub-rogação, sendo iníquo que continue a correr o prazo que já corria contra o segurado; (iii) perante esta lacuna, entende-se dever aplicar-se, por identidade de razão, a solução prevista no artigo 498º/2 do CC/66 – norma, em seu entender, não excepcional, porque decorrente do artigo 306º/1 do CC/66 –, para o exercício do direito de regresso; (iv) a favor deste entendimento traz-se à colação o artigo 54º/6, do SORCA, que prevê que aos prazos da sub-rogação do FGA seja aplicado o artigo 498º/2 do CC/66, cujo *dies a quo* começa a contar da data do último pagamento realizado pelo FGA³⁴.

Outra questão que se tem colocado aos defensores de que o segurador beneficia de novo prazo prescricional, nos termos do artigo 498º/2 do CC/66, respeita a saber se o alargamento do prazo estabelecido no artigo 498º/3 do CC/66, se aplica à sub-rogação do segurador. Os seguradores frequentemente advogam, em juízo, a aplicação da extensão do prazo constante do artigo 498º/3 do CC/66 ao caso previsto no artigo 498º/2 do CC/66: os tribunais ora

34 -Neste sentido, Ac. STJ 25.III.2010 (LOPES DO REGO), proc. nº 2195/06, Ac. STJ 6.V.2010 (OLIVEIRA VASCONCELOS), proc. nº 2896/04, Ac. STJ 3.II.2003 (ARAÚJO BARROS), proc. nº 03B2757, Ac. STJ 22.IV.2004 (FERREIRA GIRÃO), proc. nº 04B404, Ac. STJ 17.XII.2002 (FERREIRA RAMOS), proc. nº 02A3540, Ac. STJ 21.I.2003 (GARCIA MARQUES), proc. nº 02A4110, Ac. TRP 18.VI.2007 (MANUEL CAPELO), proc. nº 0732889, Ac. STJ 4.XII.1998 (MARTINS DA COSTA), proc. nº 99A305, Ac. TRP 16.II.2006 (AMARAL FERREIRA), proc. nº 0533830, Ac. TRP 26.VI.2001 (MARQUES DE CASTILHO), proc. nº 0021543, Ac. TRL 17.III.2011 (VAZ GOMES), proc. nº 582/09.1TJLSB, Ac. TRL 17.II.2011 (MÁRCIA PORTELA), proc. nº 2196/09.7TJLSB, Ac. TRL 30.IV.2009 (SOUZA PINTO), proc. nº 2683/06-2, Ac. TRL 29.XI.2007 (SALAZAR CASANOVA) proc. nº 9424/2007-8, Ac. TRL 6.III.2003 (SOUZA BRANDÃO), proc. nº 0007236, Ac. TRC 1.VI.2010 (CARLOS MOREIRA), proc. nº 312/07.2TBCNT, Ac. TRC 31.X.2006 (JORGE ARCANJO), proc. nº 1208/05.8TBTMR, Ac. TRC 17.III.2009 (ISABEL FONSECA), proc. nº 3625/07.0TJCBR, Ac. TRC 30.I.2001 (SERRA BAPTISTA), proc. nº 2999/2000, Ac. TRG 7.IV.2010 (CONCEIÇÃO BUCHO), proc. nº 3238/08.9RBVCT, Ac. TRG 30.XI.2010 (ISABEL FONSECA), proc. nº 7/07.7TBEPS. Na doutrina, e.g., J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Natureza e prazo de prescrição do “direito de regresso” no diploma do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel – Ac. do STJ de 18.10.2012, proc. 56/10, CDP 41 (2013), 29 ss.*

lhes dão razão³⁵, ora declaram-no inaplicável com fundamento de que, na acção de regresso e na sub-rogação, não está em causa, em termos directos e imediatos, a responsabilidade civil extracontratual derivada de facto ilícito danoso, mas, antes, um segundo momento, subsequente à responsabilidade³⁶.

Não podemos, com a devida vénia, concordar com este entendimento³⁷. O direito de crédito transmitido pelo segurado ao segurador é-o tal qual era, ou seja, não apenas “*com os vícios ou defeitos que o enfraquecem*”, como também com “*as garantias e acessórios*” e demais posições activas “*que o fortalecem*”³⁸. Trata-se de uma regra da maior justiça: não prejudicar o devedor que vê ingressar no crédito um novo sujeito. Ora, permitir que o novo credor beneficiasse de um novo prazo de prescrição, ao abrigo do artigo 498º/2 do CC/66 seria prejudicar a posição do devedor e, em simultâneo, beneficiar aquele, o que, sem uma causa bastante para tanto, constituiria uma violência. Por esse motivo, dispõe o artigo 585º do CC/66, em matéria de cessão de créditos, que “*O devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão*”. Esta regra constitui manifestação de um princípio geral em matéria

35 - Neste sentido, Ac. STJ 9.III.2010 (AZEVEDO RAMOS), proc. nº 2279/07, Ac. STJ 11.I.2011 (SOUZA LEITE), proc. nº 4760/07, Ac. STJ 6.XI.2007 (RUI MAURÍCIO), proc. nº 07A2328, Ac. STJ 4.XII.1998 (MARTINS DA COSTA), proc. nº 99A305; Ac. TRP 9.V.2007 (MARQUES PEREIRA), proc. nº 0751242, Ac. TRP 27.XI.2008 (MÁRIO FERNANDES), proc. nº 0836589, Ac. TRP 17.IX.2009 (PINTO DE ALMEIDA), proc. 2279/04.6TBVLG, Ac. TRP 26.VI.2001 (MARQUES DE CASTILHO), proc. nº 0021543, Ac. TRL 25.II.2010 (ARÊLO MANSO), proc. nº 5078/08.6.TBALM, Ac. TRC 31.X.2006 (JORGE ARCANJO), proc. nº 1208/05.8TBTMR, Ac. TRC 17.III.2009 (ISABEL FONSECA), proc. nº 3625/07.0TJCBR, e Ac. TRL 25.X.2012 (VAZ GOMES), proc. nº 10237/11.1T2SNTL1-2.

36 - No sentido de que o alargamento do prazo constante do artigo 498º/3 CC/66 não se aplica ao nº 2 do mesmo preceito, *vd.* Ac. TRP 25.III.2010 (JOSÉ FERRAZ), proc. 2783/07.8YXLSB, Ac. TRL 26.V.2009 (ABRANTES GERALDES), proc. 2491/06.7TBBRR-7.

37 - Conforme já nos pronunciamos em *Da sub-rogação...*, pp. 83-89, *Algumas notas...*, pp. 299-300 e 307-311, *Do princípio indemnizatório...*, pp. 161-165 e *Sub-rogação do segurador e prescrição...*, 390 ss.

38 - Parafraseamos J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, p. 352⁽¹⁾.

de transmissão de créditos e, em geral, de posições jurídicas ativas (para as passivas, cf. o artigo 598º do CC/66), aplicável também à sub-rogação³⁹ (senão diretamente) por analogia, não obstante a omissão, a tal respeito, do artigo 594º do CC/66⁴⁰ pensada e restrita à sub-rogação pelo devedor⁴¹ (cf. também o artigo 588º do CC/66). O problema não se cinge apenas à qualificação “conceitual” da figura em questão como sub-rogação ou direito de regresso. Razões de substância justificam que a posição do devedor não saia enfraquecida com o ingresso de um novo credor.

As coisas passam-se de forma diferente no direito de regresso, para a hipótese em que haja mais de um responsável pelo dano em regime da solidariedade passiva (regime regra na responsabilidade

39 - Neste sentido, J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, pp. 352⁽¹⁾ (“No caso de sub-rogação legal (...), já o regime dos meios de defesa invocáveis contra o sub-rogado se aproxima bastante mais da disciplina da cessão. O crédito transmitir-se-á, nesses casos, não apenas com as garantias e acessórios que o fortalecem, mas também com os vícios ou defeitos que o enfraquecem”), I. GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra Ed., 7^a ed., 2010 (reimpr.), p. 291 (“O devedor pode opor ao adquirente do crédito os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o credor anterior. Esta ideia aparece expressa a propósito da cessão (art. 585º). Mas deve considerar-se aplicável também à sub-rogação, apesar de a lei o não dizer (cfr. art. 594º), visto tratar-se de algo inerente ao próprio conceito de transmissão de um direito”), A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, X, p. 230 (“Tratando-se de uma transmissão, pela sub-rogação, o sub-rogado vai receber o crédito que assistia ao credor inicial, com todas as suas qualidades e defeitos. Por isso, tal como se transmitem as “garantias e outros acessórios”, assim também o devedor vai poder usar, contra o novo credor, todos os meios de defesa que podia movimentar contra o credor primitivo. O Código Civil não o diz expressamente, uma vez que não manda aplicar à sub-rogação o artigo 585º. Mas resulta dos princípios gerais que assim deve ser e, caso se entenda necessário, da própria aplicação analógica do artigo 585º do Código Civil, que nada tolhe. Como seria possível que o devedor fosse despojado dos seus meios de defesa, por força de uma transmissão para a qual pode nem ter dado qualquer acordo?”).

40 - Com base no qual J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, p. 351, funda um princípio de equiparação entre as duas formas de transmissão de créditos: a cessão de créditos e a sub-rogação.

41 - J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II⁷, p. 352, J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, s/d (mas 1987), p. 572, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. II, 10^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 45.

delitual: artigos 497º/1 e 507º/1 do CC/66 e 492º do CC/02), caso em que começa a contar um novo prazo desde a data do cumprimento (artigo 498º/2 do CC/66). Compreende-se a norma, em razão, essencialmente, de duas considerações: (i) porque, por norma, a solidariedade resulta de uma fonte única, ao contrário do que sucede na sub-rogação, não se justificando, com a mesma acuidade, a proteção dispensada ao devedor que vê ingressar um terceiro na posição do credor; (ii) porque no direito de regresso nasce um direito *ex novo*, ao contrário da sub-rogação, em que o direito é transmitido de um sujeito para outro⁴² (por isso, por exemplo, podem opor-se ao novo credor as exceções que podiam opor-se ao anterior: artigo 585º do CC/66; da mesma forma, as garantias e os acessórios do crédito transmitem-se com o crédito: artigos 582º/1 *ex vi* 594º do CC/66). Não obstante o teor do Anteprojecto de Vaz Serra⁴³, o legislador previu no CC/66 diferentes regimes para o direito de regresso (artigos 524º do CC/66 e 283º do CC/02) e para a sub-rogação (artigo 589º a 594º do CC/66; cf. também 346º a 351º do CC/02): por isso, se é verdade que pode discutir-se se o devedor solidário pode sub-rogar-se, em concurso alternativo de pretensões, contra os condevedores – em face da amplitude dos artigos 592º/1 do CC/66 e 346º/III do CC/02, da consideração de que os devedores são também entre si “terceiros”, diretamente

42 - Militam em favor deste entendimento as considerações tecidas, a este respeito, à data dos trabalhos preparatórios do Código Civil, por A. VAZ SERRA, *Prescrição do direito de indemnização*, BMJ 87 (Jun. 1959), 50: “Se houver várias pessoas obrigadas a indemnizar, pode haver entre elas um direito de regresso. Sustenta-se que a este direito não se aplica a prescrição de curto prazo [3 anos], visto que ele não resulta do facto ilícito, mas da obrigação solidária entre os responsáveis”. O Insigne Autor considerou, ainda, que a razão de ser do curto prazo de prescrição (de 3 anos, consagrado no artigo 498º/1 do CC), ou seja, as dificuldades probatórias no que respeita a factos há muito ocorridos, era aplicável ao direito de regresso entre responsáveis solidários, pois o credor de regresso terá também de provar que a indemnização por si paga era devida (designadamente provando os pressupostos da responsabilidade civil), ou seja, “prova idêntica à que o lesado fez ou faria na ação contra [o solvens]” (supondo que os restantes devedores solidários não foram chamados a esta ação, de modo a ser eficaz, em relação a si, o caso julgado).

43 - Artigo 4º/1, b), em *Sub-rogação nos direitos do credor*, BMJ 37, p. 64.

interessados na satisfação do crédito, e da desarmonia entre a sub-rogação do fiador (644º do CC/66 e 831º do CC/02) e o regresso do assunto cumulativo de dívida⁴⁴ –, da mesma forma que podem apontar-se denominadores comuns a ambas as figuras – o facto de terem uma função cautelar comum de recuperação do que foi pago e a circunstância de o direito de regresso não ser totalmente originário, pois, além de decalcado do direito que se extinguiu por meio do cumprimento, não se extinguem todas as posições ativas resultantes da relação jurídica anterior (cf. os artigos 525º/1 do CC/66 e 281º do CC/02)⁴⁵ –, não obstante, parece difícil sustentar, sem mais, que os regimes de uma e outra figura sejam iguais, e, por conseguinte, que o segurador (não responsável) sub-rogado seja considerado devedor solidário a par desse terceiro (esse sim responsável) e, em consequência do cumprimento da respectiva obrigação, titular de direito de regresso contra este ao abrigo do artigo 498º/2 do CC/66⁴⁶⁻⁴⁷.

O poder o respectivo titular exercer ou não o direito, para efeito do artigo 306º/1 do CC/66, afere-se não em função dum futuro e hipotético terceiro que ingresse na posição do credor originário, mas sim em função do atual titular do crédito. Por outro lado, mesmo que assim não fosse, o que se admite por mera hipótese de raciocínio, nada

44 - Sobre o tema, por todos, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, 884-903.

45 - Sobre o tema, J. VIEIRA GOMES, *Do pagamento com sub-rogação*, nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocéncio Galvão Telles*, vol. I – *Direito privado e varia*, org. A. Menezes Cordeiro, L. Menezes Leitão e M. Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2002, 120 e ss.

46 - Também J. VIEIRA GOMES, *Do pagamento...*, 122⁽³⁸⁾, conquanto acentue a proximidade funcional das duas figuras, concorda com a não aplicação do artigo 498º, nº 2, do CC à sub-rogação, atenta a sua diferença estrutural. Neste sentido, também já nos pronunciamos em *Da sub-rogação...*, p. 88, *Algumas notas...*, 300, e *Do princípio indemnizatório...*, 164.

47 - Não equacionamos aqui a hipótese de regresso por parte do segurador de responsabilidade civil contra o respectivo segurado, por exemplo nas situações previstas nos artigos 144º/1 e 2 do RJCS e 27º/1 do Decreto-Lei nº 291/2007 (SORCA).

impediria o legislador de prever, a tal respeito, exceções, como sucederia sempre, de resto, com o artigo 308º/1 do CC/66, que confirma a ideia acabada de exprimir: “*Depois de iniciada, a prescrição continua a correr, ainda que o direito passe para novo titular*”⁴⁸. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar ser o segurador, na maioria das situações, ignaro das circunstâncias em que ocorreu o sinistro por si coberto: o segurador, quando paga, conhece já o ato danoso do segurado e as circunstâncias em que ocorreu (sem cujo conhecimento dificilmente pagaria; aliás, nessa hipótese, tão-pouco se venceria a respectiva obrigação: artigos 102º/1 e 2 e 104º do RJCS), tendo, aliás, este o ónus de comunicar-lho (artigo 100º do RJCS). O próprio regime jurídico do contrato de seguro prevê expedientes contra a situação em que o crédito em que o segurador se sub-rogaria tenha já prescrito: assim, quando tal aconteça por facto imputável ao segurado, a prestação do seguro pode ser reduzida ou extinta na medida do prejuízo por força do artigo 136º/2 do RJCS⁴⁹ (cf. também os artigos 653º e 717º do CC/66).

Permitir que recomeçasse o prazo de prescrição com a transmissão do crédito a um terceiro poderia, de igual modo, dar azo à indesejável e fraudulenta situação de os credores, de maneira a obstar aos inconvenientes do decurso de um prazo para exercício de direitos, prorrogarem-no, a seu bel talante, através de uma transmissão o mais perto possível do termo do prazo ou através de sucessivas transmissões. A situação pode ser tanto mais grave quanto a sub-rogação, não obstante a eficaz transmissão do crédito, pode nem ter sido notificada ao devedor, o que permitiria a prorrogação do prazo de prescrição sem que o obrigado soubesse dessa prorrogação nem da data em que a mesma ocorreu (sem prejuízo de a sub-rogação apenas produzir efeitos em relação ao devedor desde que a si notificada ou por si aceite: artigo 583º/1 *ex vi* artigo 594º do CC/66)⁵⁰.

48 - Cf. o Ac. TRL 26.III.2009 (TERESA SOARES), proc. nº 6724/2008-6 e F. A. CUNHA DE SÁ, *Transmissão das obrigações*, nos *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, 829-837, *maxime* 834⁽³⁴⁾.

49 - Sobre este regime, remetemos para o nosso *Do princípio indemnizatório...*, 165-174.

50 - Sobre o tema, o nosso *Do princípio indemnizatório...*, 155-157.

Também do artigo 54º/6 do Decreto-Lei nº 291/2007 (SORCA)⁵¹ dificilmente pode retirar-se um argumento à resolução desta questão. Este, além de operar no quadro da cobertura de responsabilidade civil⁵², encontra-se pensado para a sub-rogação pelo Fundo de Garantia Automóvel, sendo ditado por excepcionais exigências que não se verificam na situação normal de sub-rogação do segurador⁵³. A cobertura por parte do Fundo dá-se, tipicamente, por danos causados por responsável *desconhecido* ou *isento* da obrigação de seguro em razão do veículo em si mesmo, ou por responsável *incumpridor* da obrigação de seguro de responsabilidade civil automóvel (artigo 47º do SORCA). Atentas as dificuldades de recobro das quantias despendidas para pagamento das indemnizações em questão, o legislador, compreensivelmente, estabeleceu um regime mais favorável ao referido Fundo⁵⁴. É neste quadro que deve compreender-se a derrogação do artigo 54º/6 do SORCA ao princípio *nemo plus iuris* em sede de transmissão de créditos (artigo 585º do CC)⁵⁵, assim como

51 - Cujo teor reproduzimos, para facilidade de consulta: “*Aos direitos do Fundo de Garantia Automóvel previstos nos números anteriores é aplicável o nº 2 do artigo 498º do Código Civil, sendo relevante para o efeito, em caso de pagamentos fracionados por lesado ou a mais do que um lesado, a data do último pagamento efectuado pelo Fundo de Garantia Automóvel*”.

52 - Que não de interesses sobre coisas.

53 - Diferentemente, mas para o seguro de responsabilidade civil automóvel, J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Natureza e prazo de prescrição...*, 29 ss.

54 - Sem o qual o prazo de prescrição do crédito em questão continuaria a correr. Em sentido contrário, J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Natureza e prazo de prescrição...*, pp. 29 e ss., aproximando a posição do Fundo à do devedor solidário (uma vez que responde, nas relações externas, pela prestação integral, da mesma forma que o lesante, ao contrário do que sucede no seguro de responsabilidade civil automóvel por força do qual apenas o segurador é responsável até ao limite máximo de cobertura).

55 - Sobre a sub-rogação do Fundo de Garantia Automóvel, *vide, e.g.*, A. COSTA OLIVEIRA, *Seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: síntese das alterações de 2007 – DL 291/2007*, 21 Ago., Almedina, Coimbra, 2008, 99 ss. Sobre a diferença, no contexto do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, entre o regresso do artigo 27º do Decreto-Lei nº 297/2007 e a sub-rogação do artigo 54º do mesmo diploma, *vide* J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Natureza e prazo de prescrição...*, 29 ss.

a solidariedade passiva no pagamento ao Fundo por parte do detentor, proprietário e condutor do veículo cuja utilização causou o acidente, independentemente de sobre qual deles recaia a obrigação de seguro (artigo 54º/3 do SORCA), bem como a responsabilidade subsidiária (fraca, em moldes fidejussórios) dos responsáveis pelo pagamento ao Fundo por parte daqueles que tenham contribuído para o erro ou vício determinante da anulabilidade ou nulidade do contrato de seguro e ainda o comerciante de veículos automóveis que não cumpra as formalidades de venda relativas à obrigação de seguro de responsabilidade civil automóvel (artigo 54º/4 do SORCA).

A este respeito, cumpre, ainda, notar que a questão nem sempre é corretamente colocada, surgindo, indistintamente, misturados os problemas da sub-rogação nos seguros reais e nos de responsabilidade. A sub-rogação do segurador, reitera-se, coloca-se, sobretudo, nos seguros reais ou de coisas – paradigmaticamente visados no artigo 136º do RJCS –, assumindo específicos contornos no que tange aos seguros de responsabilidade, em que o segurador cobre uma obrigação de indemnização a cargo do lesado, ao invés de cobrir uma perda patrimonial no património do lesado por que é este titular de um crédito indemnizatório contra terceiro⁵⁶. A jurisprudência portuguesa pende, não raramente, ao aproveitamento de argumentos aduzidos a respeito de um dos problemas (mormente, a respeito dos seguros de responsabilidade civil e, dentre estes, do automóvel) na resolução do problema dos seguros reais⁵⁷.

Permitimo-nos juntar ainda outras considerações que, a nosso ver, depõem no sentido de que o artigo 498º/2 do CC/66 não é aplicável à sub-rogação do segurador. A aplicação do artigo 498º/2 do CC/66 pode também levar a situações “descompensadas” quando se pense, por exemplo, em prazos de caducidade ou em pretensões baseadas noutro título que não de responsabilidade civil delitual (geral). Assim, por exemplo, no caso de sub-rogação nos direitos do carregador contra o transportador marítimo de mercadoria, cujo prazo de exercício é de 2 anos a partir da data

56 - Como sucede nos seguros reais.

57 - A citação frequente da sub-rogação do Fundo de Garantia Automóvel a respeito da sub-rogação em matéria de seguros reais é, por exemplo, uma das manifestações dessa confusão.

em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete (artigo 27º/2 do Decreto-Lei nº 352/86), que é de *caducidade* (artigo 298º/2 do CC/66), o artigo 498º/2 do CC/66 não seria suscetível de aplicação quer porque se trata de responsabilidade contratual⁵⁸, quer porque se trata de um prazo de caducidade. Outro exemplo que poderia ser aduzido seria o da sub-rogação na contribuição em avarias grossas, cujo prazo de caducidade é de 1 ano, nos termos do artigo 958º do CPC/13. A aplicação do artigo 498º/2 do CC/66 a umas situações que não a outras levaria a uma disparidade de critérios e de resultados dificilmente compreensível.

4. Ónus de não prejudicar a sub-rogação

I. Os artigos 136º/2 do RJCS e 786º/§ 2º do CC/02 cura da “obrigação” do tomador e do segurado de não prejudicar a sub-rogação do segurador, sob pena de responderem, até ao limite da indemnização, por ato ou omissão que prejudique os direitos contra terceiro⁵⁹: aplica-se quer aos seguros terrestres, quer aos marítimos (no direito português, artigos 595º do CCom/88 e 2º do RJCS, e, no direito brasileiro, 777º do CC/02)⁶⁰. O preceito abrange: (i) atos e omissões *prévios* à sub-rogação, que podem ser

58 - Para a aplicação do prazo do artigo 498º, nº 1, do CC à responsabilidade contratual, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A aplicação do prazo prescricional do nº 1 do artigo 498º do Código Civil à responsabilidade civil contratual*, pp. 793-832 (e, para a aplicação à responsabilidade contratual do artigo 498º, nº 3, do CC, pp. 828-830), e M. LIMA REGO, *Contrato de seguro...*, p. 680⁽¹⁸⁷³⁾.

59 - Na esteira do que já previa antes o artigo 441º, proémio, *in fine*, do CCom/88, de que o segurado responderia “*por todo o acto que possa prejudicar*” os seus direitos contra o terceiro. Do preceito não constava referência a “omissões”, não obstante a doutrina não deixasse de sublinhar também estas se encontrarem subentendidas na referência a “atos”, a ser objeto de interpretação declarativa lata ou extensiva. Cf. MÔRINTHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 226, defendendo a solução de *iure condendo*, e JOSÉ VASQUES, *Contrato...*, 158, fazendo uma interpretação declarativa lata da referência a “actos”.

60 - Neste sentido, JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE, *Obligaciones y deberes de las partes en el contrato de seguro marítimo*, em *Estudios de Derecho Marítimo*, José Luis García-Pita y Lastres (dir.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012, 1049.

(a) anteriores ao contrato de seguro, ou (b) posteriores ao contrato de seguro mas anteriores à sub-rogação (*rectius* ao pagamento); (ii) atos e omissões *posteriores* à sub-rogação, que podem ser (a) *posteriores* ao pagamento, mas anteriores à notificação ao lesante – a que se aplicará o artigo 583º/2 do CC/66⁶¹ –, ou (b) *posteriores* ao pagamento e à notificação ao lesante – neste segundo grupo de casos, porque o segurado já não é titular do crédito, os seus atos serão ineficazes em relação ao mesmo⁶². A referência a *atos* engloba, *verbi gratia*, a remissão de dívida, a transação, a renúncia a garantias reais (penhor, hipoteca, anticrese, retenção, privilégios), privilégios (que não comunguem de realidade) e garantias pessoais (e. g., fiança⁶³), determinadas comunicações ou notificações ao terceiro que impeçam ou dificultem o exercício do seu direito, ou até cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade do terceiro⁶⁴. Por seu turno, a referência a *omissões* permite agrupar casos de mora na participação do sinistro⁶⁵, não colaboração com o segurador na determinação dos danos ou noutras diligências requeridas por este ou, ainda, o facto de o segurado deixar correr prazos prescricionais ou de caducidade contra terceiros, e de não invocar ou exercer atos interruptivos ou suspensivos dos mesmos; casos em que o segurado não efetuou um seguro a que estivesse

61 - VIEIRA GOMES, *Da sub-rogação legal do segurador...*, 479⁽⁹⁷⁾.

62 - VIEIRA GOMES, *Da sub-rogação legal do segurador...*, 479⁽⁹⁷⁾.

63 - Existindo uma garantia autónoma, esta não se transmitirá, uma vez que é um crédito independente e autónomo do crédito principal, e porque o artigo 582º/1, aplicável *ex artigo* 594º à sub-rogação, fala de “outros acessórios do crédito”, pelo que só as garantias acessórias se transmitirão. Nestes termos, que sufragamos, COSTA GOMES, *Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido*, RB, 64 (2007), 37 ss.

64 - Cf. SÁNCHEZ CALERO, *Ley...*, 783, VIEIRA GOMES, *Da sub-rogação legal do segurador...*, 479-480, PICARD/BESSON, *Traité...*, II, 718, NICOLAS JACOB, *Les assurances*, 206, e HUBERT GROUTEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE/MAUD ASSELAIN, *Traité...*, 1044.

65 - Assim também COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot², sub 101º*, 386 ss.

obrigado por lei⁶⁶; no caso de seguro de responsabilidade civil – sem embargo de o instituto da sub-rogação ter aí uma aplicação mais residual –, o segurado não deverá, pelo contrário, praticar atos que “dilatem”, interrompendo ou suspendendo, o prazo prescricional⁶⁷ (para a caducidade o problema não se colocará com tanta premência, *ex artigos 328º e 331º/1 do CC/66, salva a hipótese de caducidade convencional ex artigo 330º/1 e 2 do CC/66*). No entanto, qualquer uma destas hipóteses terá de ser analisada caso a caso, e tendo em atenção, ademais, o subtipo de seguro em causa. Cremos, ainda, pacífico que o segurado não tem qualquer dever para com o segurador de assegurar a solvência do terceiro, pelo que, neste caso, o segurador

66 - P. ex.: estando certa pessoa coberta por seguro de acidentes pessoais, cai numas escadas ao dirigir-se para o local de trabalho. O caso traduz simultaneamente um sinistro para efeitos do seguro de acidentes pessoais e para efeitos do seguro de acidentes de trabalho (acidente *in itinere*). Acontece, porém, que a pessoa em causa é trabalhadora por conta própria e deveria, nos termos do disposto nos artigos 1º/1 do Decreto-Lei nº 159/99, de 11 de Maio, com as alterações constantes do Decreto-Lei nº 382-A/99, de 22-Set., e 10º do CT, ter contratado seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta própria, a que está por lei obrigada: *quid iuris?* Uma vez que não o fez, só o segurador por acidentes de trabalho responde sem possibilidade de recobro, quando, numa circunstância normal, poderia reaver o dinheiro do segurador de acidentes de trabalho? Julgamos que não: pelo artigo 136º/2 pode o segurador de acidentes de trabalho deduzir à indemnização a pagar à segurada a quantia que, em princípio, recuperaria, nos termos do disposto no artigo 133º/4, se a segurada tivesse, conforme lhe competia, celebrado o competente seguro de acidentes de trabalho. Em teoria, portanto, e sem prejuízo da consideração do caso concreto, o segurador de acidentes pessoais poderá abater ao montante a pagar o montante que recuperaria do segurador de acidentes de trabalho.

67 - Recorde-se ser o prazo geral aplicável ao crédito indemnizatório resultante de responsabilidade civil delitual ou aquiliana de 3 anos *ex artigo 498º/1 do CC/66* e o de responsabilidade obrigacional de 20 anos *ex artigo 309º do CC/66*. No sentido da unidade dos prazos da responsabilidade aquiliana e obrigacional, *vd.*, porém, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL...*, ROA (1989), *passim*, e MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...*, 680⁽¹⁸⁷³⁾.

não se libera da sua obrigação⁶⁸. Quanto às garantias posteriores ao contrato, pode perguntar-se se o segurado não poderá dispor delas livremente, uma vez que o segurador apenas contou, para a assunção do risco e para cálculo do prémio, com as garantias existentes à data da celebração do contrato⁶⁹. A redação dos artigos 136º/2 do RJCS e 786º/§2º do CC/02 não é conclusiva, todavia a circunstância de o segurador se sub-rogar em todas – sem distinção – as garantias e acessórios do crédito, separáveis da pessoa do segurado (no direito português, artigos 582º *ex vi* 594º do CC/66 e, no brasileiro, 287º e 348º do CC/02), permite concluir que também a inviabilização do recurso a tais garantias e acessórios fará operar o mecanismo do artigo 136º/2.

Conforme frisamos, os actos prejudiciais à sub-rogação do segurador, praticados pelo lesado em momento posterior à (já notificada) sub-rogação (*v.g.*, atos dispositivos do seu direito), serão ineficazes⁷⁰ (assim, claramente, o 786º/§2º do CC/02). Todavia, o problema não deixa de colocar-se *interim*, *i.e.*, entre o pagamento pelo segurador e a notificação. Este ónus, por isso, só cessará no momento em que o segurador veja o crédito em que ingressou satisfeito ou quando, tendo já subingressado na posição do segurado, não possa ser satisfeito.

Discute-se se a aceitação do pagamento pelo lesante é um ato “prejudicial” à sub-rogação do segurador⁷¹. Podem ocorrer três hipóteses: (i) ou o lesante cumpre depois de o segurador ter pago ao segurado e de ter notificado o lesante da sub-rogação; (ii) ou o lesante paga antes de o segurador ter pago e notificado da sub-rogação; (iii)

68 - Para o lugar paralelo da fiança, COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida...*, 929-931, e o Ac. STJ 27. I. 1993, *CJ/STJ*, I (1993), I, 82-84.

69 - Coloca idêntico problema, em sede de fiança, COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida...*, 931-935.

70 - MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 226-227, GASPERONI, *La c. d. surroga...*, 637.

71 - No sentido de ser um ato prejudicial à sub-rogação do segurador, ROSSETTI, *Le assicurazioni...*, II, 2351-2352, e HARDY IVAMY, *General Principles...*, 505.

ou o lesante cumpre antes de o segurador ter notificado da sub-rogação, mas depois de ter pago a indemnização⁷². No primeiro caso, o lesante, uma vez que pagou “mal”, terá de realizar nova prestação ao segurador, tendo de agir em sede de enriquecimento sem causa contra o segurado para reaver o que prestou indevidamente⁷³. No terceiro caso, se o lesante pagar ao segurado antes da notificação, à luz do artigo 583º/2 do CC/66, o pagamento é oponível ao segurador, se o lesante desconhecia a sub-rogação, tendo o segurador de instaurar uma ação de enriquecimento sem causa contra o segurado⁷⁴; mas se o lesante a conhecia⁷⁵, o pagamento não é eficaz perante o segurador (artigos 583º/2 do CC/66 e 292º do CC/02), tendo, por conseguinte, de realizar nova prestação e agir em sede de enriquecimento sem causa contra o segurado. Já o segundo caso é mais melindroso: com efeito, terá o segurado prejudicado a sub-rogação do segurador no caso de ter aceite a prestação do lesante antes do pagamento pelo segurador e notificação ao lesante? Cremos que não. Parece-nos artificioso recorrer à ideia de dano ou prejuízo⁷⁶ do segurador: o segurador não sai lesado, antes sai “avantajado”. Por outro lado, se o segurador, sob certa perspectiva, garante o pagamento do terceiro

72 - Assim também, ROSSETTI, *Le assicurazioni...*, II, 2351-2352.

73 - Assim também, ROSSETTI, *Le assicurazioni...*, II, 2351-2352.

74 - Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil (estudo dogmático sobre a viabilidade de configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, 757 ss., *id.*, *Cessão de créditos*, 410 ss., e *id.*, *Direito...*, II⁵, 30.

75 - A regra do artigo 583º/2 do CC/66 encontra a sua *ratio* na má-fé do devedor, equivalente a uma *exceptio dolii*. Discute-se se é necessário um conhecimento efetivo da cessão, ou se pelo contrário basta um desconhecimento negligente para fazer operar o artigo 583º/2: no primeiro sentido, *vd.* VAZ SERRA, BMJ número especial (1955), 261, e MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II⁵, 29-30; no segundo sentido, *vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, *DUPLA VENDA DE UM DIREITO DE CRÉDITO*, *Dir.* 132 (2000), I-II, 233 ss. Uma vez que o devedor não tem o dever de averiguar se o crédito foi já transmitido para outrem, não cremos de sufragar neste tocante, com base numa concepção ética da boa fé subjetiva, o entendimento segundo o qual o preceito abrangeeria também o desconhecimento culposo, razão pela qual aderimos à primeira tese.

76 - Como faz DONATI, *Il contratto di assicurazione...*, 185.

lesante ao segurado, resguardando-o contra a insolvência deste: ora, pagando o lesante, deixa de subsistir a obrigação do segurador. Em terceiro lugar, o facto de o terceiro pagar de imediato a indemnização traz benefícios de variada ordem, pois, tendo este património para responder, evitam-se morosos processos judiciais, e uma “liquidação em triângulo”, exonerando-se o segurador do seu dever de prestar. Em quarto lugar, não parece razoável obrigar a que o segurado recuse a prestação do lesante, incorrendo em mora (artigo 813º do CC/66), com os efeitos legais daí resultantes. Por último, tal entendimento contende com o artigo 809º do CC/66.

II. O que seja o “*prejuízo*” à sub-rogação é deixado ao intérprete: parece-nos que aqui “*prejuízo*” é tido no sentido de impossibilitar⁷⁷ ao segurador recuperar do responsável do dano, no todo ou em parte, as quantias por si pagas. Torna-se, por isso, necessário um *nexo causal* entre a não verificação deste ónus e o prejuízo do direito transmitindo ao segurador, em termos de tal resultado lhe ser *imputável*⁷⁸: assim, por ex., se o segurador, de qualquer forma, não tivesse conseguido recuperar o crédito porque o lesante entraria indelevelmente em situação insolvencial, não é possível sancionar o segurado⁷⁹. Este prejuízo, em regra, aferir-se-á em relação aos atos ou omissões anteriores à sub-rogação, pois, uma vez transmitido o crédito, os referidos atos são, via de regra, ineficazes (assim o 786º/§2º do CC/02).

Diz-nos o artigo 136º/2 do RJCS (não assim o 786º/§ 2º do CC/02) que “*o tomador ou o segurado responde, até ao limite da indemnização paga pelo segurador*”⁸⁰. A expressão “*responde*” parece apontar no sentido

77 - Impossibilidade efetiva, que não meramente potencial: assim, ROSSETTI, *Le assicurazioni...*, II, 2350.

78 - NORBERT JOHANNES WILKE, *Die Grenzen des Risikoausschlusses im Privatversicherungsrecht*, 36-38, SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*⁴, VI 4, 363, 242, e MANFRED WANDT, *Versicherungsrecht*⁵, 986, 341.

79 - Nestes termos, MANFRED WANDT, *Versicherungsrecht*⁶, K IV, 986, 341. A questão é colocada por VIEIRA GOMES, *Da sub-rogação legal do segurador...*, 479, mas não lhe é dada resposta.

80 - Repare-se, antes de mais, o preceito pressupor a prestação do segurador já realizada (“*indemnização paga*”), esquecendo que a violação deste ónus coloca-se, sobretudo, antes de paga a indemnização, ou (se depois de paga) antes da notificação.

de o segurado se constituir na obrigação de indemnizar o segurador⁸¹. Todavia, uma vez que não é aqui causado um dano ao segurador, não haverá também qualquer obrigação a compensar nos termos gerais dos artigos 847º ss. do CC/66; antes cabe ao segurador uma *excepção material* que lhe permite alterar ou extinguir o seu dever de prestar⁸². Cumpre, todavia, distinguir: se o segurador ainda não tiver realizado a sua prestação quando foi praticado tal ato, deve excepcioná-lo ao lesado, operando, quando o segurador se constituir na obrigação de realizar a sua prestação em virtude do sinistro, uma dedução ao *quantum a prestar*⁸³; se, pelo contrário, o segurador já tiver realizado a sua prestação, nesse caso, não haverá lugar à repetição do indevido, salvo má fé do segurado⁸⁴.

A posição jurídica do segurador traduz uma *excepção material*, cuja invocação é necessária para que opere a dedução no *quantum a prestar* ao segurado (artigo 303º do Código Civil, analogicamente): a dedução não opera, portanto, automaticamente. E isto por vários motivos: (i) além de a letra da lei não ser clara quanto a este ponto, não há razões de ordem pública que determinem o inexorável e automático efeito de liberação ou redução da prestação do segurador em consequência do facto do segurado; (ii) o facto do segurado não surge sempre como idôneo a provocar a liberação ou redução da prestação do segurador; (iii) o segurador pode optar por não provocar a liberação ou redução da sua prestação. Uma vez que

81 - Já assim VAZ SERRA, *Sub-rogação do segurador...*, RLJ 94/3206 (1961), 261, ao escrever: “[o] artigo 441º do Código Comercial diz apenas que o segurado responde por todo o acto que possa prejudicar os seus direitos contra o terceiro, que deviam transferir-se, por sub-rogação, para o segurador. Mas, se responde por esses actos, quer isto dizer que é obrigado a indemnizar o segurador”.

82 - Que corresponde também a um *poder potestativo modificativo* ou *extintivo*: sobre a compatibilidade da qualificação como poder potestativo e exceção material, *vd.* COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, 1192. Sobre a qualificação dos “direitos” como *poderes potestativos*, *vd.* também COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, 1179 ss.; inserindo os “direitos” potestativos na categoria dos direitos subjectivos, MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral...*, I/I², 238, ou CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, II², 457.

83 - Assim, VAZ SERRA, *Sub-rogação do segurador...*, RLJ 94/3206 (1961), 261.

84 - PINHEIRO TORRES, *Ensaio...*, 129, PICARD/BESSON, *Traité...*, II, 718, NICOLAS JACOB, *Les assurances*, 206, GARRIGUES, *Contrato...*, 201, SALANDRA, *Dell'assicurazione...*, 312.

se trata também dum *encargo material*, não haverá azo a obrigação de indemnizar, mas antes a perda ou redução da prestação, cuja invocação compete ao segurador⁸⁵.

À luz do pretérito direito anterior, advertia-se que, por aproximação ao regime o ónus de salvamento e da falta de participação, a exclusão total da prestação do segurador, quando não fosse convencional, só se daria supletivamente, se a atuação ou omissão do segurado fosse dolosa, por aplicação analógica do regime para a violação da obrigação de salvamento (antes artigo 443º/§ 2º conjugado com o 440º, ambos do CCom/88; hoje, artigo 101º/1 e 2 *ex vi* 126º/3 do RJCS); não o sendo, o regime supletivo não permitiria a exclusão total da cobertura pela violação deste dever⁸⁶. Parece-nos, contudo, não obstante o esforço de congruência sistemática, não ser a aplicação analógica do artigo 101º *ex vi* artigo 126º/2 do RJCS, a solução juridicamente mais acertada, devido às especificidades de regime que encontramos no artigo 101º do RJCS que mal se coadunam à sub-rogação do segurador⁸⁷.

Questiona-se sobre se é necessário que o segurado tenha agido com culpa⁸⁸. No direito alemão, soem distinguir-se três hipóteses, apontando-se que, no caso de *culpa levis*, não há qualquer sanção para o segurado; apenas nos casos de negligência grosseira e de dolo, pode a prestação do segurador ser reduzida ou excluída, respectivamente (§ 86 II (1-3) do VVG)⁸⁹. Nos direitos português e brasileiro, o legislador não distingue para o

85 - ROLAND SCHÄER, *Rechtsfolgen...*, 89-90.

86 - Neste sentido, MUITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 225-226, JOSÉ VASQUES, *Contrato...*, 158-159, GASPERONI, *La c. d. surroga...*, 637, ROSSETTI, *Le assicurazioni private II²*, sub 1916, 247.

87 - Remetemos, a este respeito, para o nosso *Do princípio indemnizatório...*, 165-177.

88 - No sentido de que não é necessária a culpa do segurado, bastando o segurador demonstrar que o seu facto ou inércia comprometeu a sub-rogação, cf. PICARD/BESSON, *Les assurances...*, 717. No sentido contrário, dentre tantos, HUBERT GROUTEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE/MAUD ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance*, Paris, 2008, 1043.

89 - Assim, SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*⁴, VI, 4, 362, 242.

efeito, manifestando, neste particular, uma postura favorável ao segurador. Consequentemente, mesmo em caso de *culpa leve*, pode o segurador opor ao lesado a exceção de redução da prestação, sem embargo, contudo, da necessária causalidade entre o facto ou omissão e a lesão da posição do segurador.

O prazo para o segurador agir contra o segurado por prejuízo da sub-rogação⁹⁰ é, no direito português, de 5 anos a contar da data em que o titular teve conhecimento do direito (artigo 121º/2 do RJCS)⁹¹ e, no brasileiro, de 1 ano a contar da ciência do facto gerador da pretensão (artigo 206º/§1º, II, b), do CC/02).

III. O segurado é livre quanto ao “fado” dos direitos de que é titular, pelo que não cremos que, ao fazer-lhes quanto lhe apraza, cometa um facto ilícito. Trata-se de uma situação típica de *ónus material* ou *encargo*⁹², cujas consequências serão, para o segurado, a perda duma posição favorável⁹³. O encargo, realidade analítica, é uma situação absoluta, não lhe correspondendo uma posição ativa simétrica na

90 - A questão do prazo aplicável à ação do segurador contra o segurado pelo resarcimento dos danos derivados do prejuízo à sub-rogação é discutida em Itália: cf., e.g., FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*³, 464-465, e id., *Assicurazioni marittime e aeronautiche*, NssDI I/2, 1200 ss.

91 - Cf. também, sobre o tema, VIEIRA GOMES, *Da sub-rogação legal do segurador...*, 480-481⁽¹⁰⁰⁾. Sobre o preceito em causa, vide ALVES DE BRITO, *LCS Anot²*, sub 121º, 418.

92 - No mesmo sentido, HORMUTH, *Versicherungsrechts-Handbuch*², C. H. Beck, München, 2009, ROLAND MICHAEL BECKMANN/ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, § 86, III, 58-62, 1047-1049, MANFRED WANDT, *Versicherungsrecht*⁵, K IV, 983-984, 340, WEYERS/WANDT, *Versicherungsvertragsrecht*³, 752, SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*⁴, VI 4, 362, 241-243, PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*¹⁸, Prölss/Martin (org.), Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1970, § 67, 4, 338 ss. Sobre a *Obliegenheit*, REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, *per totum*, na doutrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 530-536, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II¹⁰, 59, COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, 1204, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...*, 504. Das diferenças e “afinidades” entre os ónus e a exclusão do risco trata também KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*⁶, Carl Heymanns, 1999, 1024-1025, e ROLAND SCHAER, *Rechtsfolgen...*, 50-52. No âmbito marítimo, HANS-JÜRGEN PUTTFARKEN, *Seehandelsrecht*, 393-394.

93 - Neste sentido, para o lugar paralelo da fiança, COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida...*, 937.

esfera do segurador, e atuando como dever de comportamento, que funciona no interesse doutras pessoas, mas cujo cumprimento não pode ser por estas exigido⁹⁴.

5. Âmbito subjetivo

Se, no direito português, a doutrina maioritária se interrogava, ante o teor literal do pretérito artigo 441º do CCom/88, se a sub-rogação se dirigia só contra o causador do sinistro ou qualquer responsável civil – pendendo no segundo sentido⁹⁵ –, o artigo 136º/1 do RJCS resolveu a questão ao referir-se expressamente a “terceiro responsável pelo sinistro”⁹⁶: a expressão abrange não só o terceiro responsável não causador (por ex., ex artigos 500º ou 800º do CC/66), como também o vero

94 - Sobre o encargo ou ónus material, *vd.* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I/I, 359-360, ERHARDT SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, 25 ss., COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, 1192, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...*, 504-525, MARIA DE LURDES PEREIRA, *O conceito de prestação e destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, 230⁽⁶¹⁶⁾, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpr.), 372; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, II¹⁰, 57-61, MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I¹², 12, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*¹², 66-68, SANTOS JÚNIOR, *Direito...*, I³, 58.

95 - VAZ SERRA, *Sub-rogação do segurador...*, RLJ, 94 (1961)/3201, 177-180; RLJ, 94 (1961)/3202, 193-193-196; RLJ, 94 (1961)/3203, 209-212; RLJ, 94 (1961)/3204, 225-228; RLJ, 94 (1961)/3205, 241-245; RLJ, 94 (1961)/3206, 257-261; RLJ, 94 (1961), nº 3207, 273-279, MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 220 ss., JOSÉ VASQUES, *Contrato...*, 157-158. Na jurisprudência nacional, *vd.*, e.g. Ac. STJ 6.X.1946, *Jornal do Foro* 1, 3, STJ 18.I.1963, *Jurisprudência das Relações* 9, 39, STJ 20.XI.1963, RT 1786-81 (1963), 472-472, com anotação concordante de JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, TRL 23.IV.1964, Ac. STJ 15.V.2001 (GARCIA MARQUES), proc. nº 897/01, CJ (2001), II, Ac. STJ 4.X.2004 (ARAÚJO BARROS), proc. nº 3062/04, CJ 179 (2004 Ag./Dez.), III, Ac. TRP 30.I.1995 (BESSA PACHECO), proc. nº 756/94, CJ (1995), I, Ac. TRP 11.X.2005 (MÁRIO CRUZ), proc. nº 0524025, Ac. TRL 15.V.2007 (CARLOS MOREIRA), proc. nº 10569/2006-1, e Ac. TRL 4.V.2006 (CARLOS VALVERDE), proc. nº 3485/2006-6. Contra: STJ 27.I.1956, RT 74, 82, e STJ 8.I.1960, RT 78, 137.

96 - Cf., à luz do RJCS, LIMA REGO, *Contrato...*, 720⁽¹⁹⁸⁹⁾, e COSTA OLIVEIRA, *LCS Anol²*, sub 136º, II, 4, 467.

responsável, nas relações internas, no caso de obrigados *in solidum* nos seguros de responsabilidade civil (497º e 507º do CC/66), bem como qualquer segurador no caso de o terceiro lesante (ou responsável) se encontrar coberto por seguro de responsabilidade civil⁹⁷. Neste sentido também deve interpretar-se a expressão “*autor do dano*” no artigo 786.º pr. do CC/02: é-o, com efeito, não apenas o causador material do sinistro, como também qualquer terceiro responsável.

Quanto à sub-rogação contra o tomador, não obstante o artigo 441º CCom/88 calar a este respeito, entendia-se que os seguros por conta doutrem podiam também cobrir a responsabilidade do tomador pela perda ou deterioração da coisa, funcionando, frequentemente, como seguro de responsabilidade civil do próprio tomador⁹⁸. À luz do artigo 136º/1 do RJCS, a sub-rogação só opera contra o terceiro responsável, e o tomador, além de não constar do rol de responsáveis contra os quais o segurador subingressa⁹⁹, não é terceiro: a ser possível tal hipótese preconizada, teria de tratar-se duma sub-rogação convencional. Cremos ser esta cláusula inadmissível nos casos em que se trate de “tomador-consumidor”, porque mais gravosa (artigo 13º/1 e o lugar paralelo do 136º/4 ambos do RJCS), admissível quando perante seguros de grandes riscos (artigo 13º/2 do RJCS); no caso dos seguros de responsabilidade civil, a questão adquire outros contornos, sendo previsto o regresso do segurador no regime comum de seguro de responsabilidade civil (artigo 144º do RJCS), no seguro de acidentes de trabalho (artigos 18º/3 e 79º/3 da Lei nº 98/2009), no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (artigo

97 - *Vd.*, neste sentido, BERNARD BEIGNIER, *Droit du contrat d'assurance*, pp. 324-325, GENOVESE, *Il fondamento...*, 24, e SIEG, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*⁸, Bruck/Möller (org.), § 67, 724 ss.

98 - MOITINHO DE ALMEIDA, *Seguros em nome e por conta doutrem*, SI, 20 (1971), *passim*, LIMA REGO, *Contrato...*, 720⁽¹⁹⁸⁹⁾. Cf. também PRÖLSS/MARTIN, *Versicherungsvertragsgesetz*¹⁸, § 67 VVG, p. 336, e SYLVIA PLASSMANN, *Der Regreß des Sachversicherers gegen Dritte*, Inauguraldissertation, Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 2000, 52-73, ASTEGIANO-LA RIZZA, *Code des assurances commenté*⁹, sub L. 111-2, 10.

99 - MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 153, e LIMA REGO, *Contrato...*, 720⁽¹⁹⁸⁹⁾.

27º do SORCA), e no caso particular do seguro-caução (artigo 165º/2)¹⁰⁰.

Ao contrário do seu predecessor – que não mencionava exclusões subjetivas à sub-rogação (artigo 441º do CCom/88): mau grado a oposição da doutrina, que, também neste particular, (já) distingua¹⁰¹ –, o artigo 136º/4, exclui *expressis verbis* a sub-rogação: (a) contra o segurado, se legalmente responsável pelo lesante (tenha ou não seguro de responsabilidade)¹⁰²; (b) e contra o cônjuge, unido de facto, ascendentes e descendentes do segurado que consigo vivam em economia comum (mesmo que o segurado não responda por eles), salvo se a responsabilidade dos mesmos for dolosa ou coberta por contrato de seguro. Similmente, salvo dolo, exclui-a o artigo 786.º/§1.º do CC/02 contra: (a) o cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes; (b) consanguíneos ou afins. O direito brasileiro em relação ao português alarga, assim, generosamente aos consanguíneos e afins os sujeitos contra os quais não pode o segurador sub-rogar-se.

Só indicar-se como *ratio* da norma lusitana: (a) o propósito de evitar que as consequências da sub-rogação recaiam indireta ou diretamente sobre o segurado, deixando sem efeito prático a cobertura; (b) e poder presumir-se que o segurado não agiria contra tais pessoas para ser resarcido do dano, renunciando (ainda que tacitamente¹⁰³) a tal direito¹⁰⁴,

100 - Cf. COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot²*, sub 136º, III, 12, 473, e LIMA REGO, *Contrato...*, 720⁽¹⁹⁸⁹⁾.

101 - Cf., à cabeça, MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 222-224.

102 - Também assim COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot²*, sub 136º, II, 8, 470-471.

103 - Quanto à renúncia tácita, *vd.* PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, 119-132.

104 - Neste sentido, *vd.*, *colorandi causa*, DONATI, *Il contratto di assicurazione...*, 183, SALANDRA, *Dell'assicurazione...*, sub 1916, 310-311, LA TORRE, *Il punto...*, 597-598, ENRICO STEIDI, *Il contratto...*, 232, ROSSETTI, *Le Assicurazioni²*, § 36, sub 1916, 233, GARRIGUES, *Contrato...*, 200, GARRIDO Y COMAS, *El contrato...*, 449, MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 222-223, COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot²*, sub 136º, II, 8, 470-471, SYLVIA PLASSMANN, *Der Regreß des Sachversicherers gegen Dritte*, Inauguraldissertation, Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 2000, 41-42, e SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht⁴*, VI 5, 243-244.

(c) acena-se, ainda com a “paz social”¹⁰⁵; (d) e o fato de não serem possíveis ações de responsabilidade entre cônjuges. Estes dois últimos móbiles devem ser postergados, pois cada vez mais tem sido aceite poderem os cônjuges agir entre si por responsabilidade civil. O elenco de pessoas exclusas da sub-rogação pode ser estendido a outros sujeitos quando a *ratio* do mesmo no-lo permita: rejeitamos o entendimento de que, sendo excepcional a norma, seria insusceptível de interpretação extensiva¹⁰⁶; quando muito, não poderia ser objeto de aplicação analógica¹⁰⁷; ainda que assim não fosse, os artigos 136º/4 do RJCS e 786.º/§1.º do CC/02 socorrem-se de conceitos muito abrangentes (convivência em economia comum/consanguíneos e afins) que permitem aí compreender um amplo leque de sujeitos.

Tem-se referido dever a convivência em economia comum verificar-se no momento da ocorrência do dano, e não no

105 - Assim, JOHN BIRDS, *Principles...*, sub 10:101 (3) PECIL, 257. Crítico relativamente à amplitude do conceito de “*equivalente social relationship*” nos PECIL, CRISTIAN ARMBRÜSTER, *THE PRINCIPLES OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW*, in *Diritto ed Economia dell’Assicurazione* (2010), 4, 1059-1060. Sobre o conceito germânico de “*häuslicher Gemeinschaft*”, *vd.*, *brevitatis causa*, HUBERT W. VAN BÜHREN/ CLAUDIA HELD, *Unfallregulierung...*, § 5, 30-35, 42-43, SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*⁴, VI 5, 243-244.

106 - *Sic*, SALANDRA, *Dell’assicurazione...*, sub 1916, 310. Cf. para a situação de extensão a outros trabalhadores, que não empregados domésticos, no Direito belga, MARCEL FONTAINE, *Droit des Assurances*³, 590⁽¹⁰³⁾. No sentido do texto, COSTA OLIVEIRA, *LCS Ano²*, sub 136º, II, 8, 470-471.

107 - O que mesmo assim não temos por apodítico: a não aplicação analógica de regras (formalmente) excepcionais tem sido veementemente contestada, pois o caso decidendo pode estar mais próximo dos motivos que presidiram à exceção do que da regra: cf., sobre o tema, entre tantos PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A APLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL DO N^º 1 DO ARTIGO 498º do Código Civil à responsabilidade civil contratual*, ROA 49 (1989), III, 793-832.

momento em que se recebe a prestação do segurador¹⁰⁸. Por nossa parte, cremos que deve tal situação verificar-se no momento da verificação do dano, para obviar a situações fraudulentas, assim como no momento em que é requerida a prestação do segurador. O artigo 136º/4 do RJCS é relativamente imperativo (cf. o elenco não taxativo do artigo 13º/1¹⁰⁹), por razões de tutela do tomador e do segurado nos seguros de massa, que se veriam prejudicados, além de poder conduzir a situações imorais¹¹⁰; destarte, pode ser derrogado no sentido de aumentar o elenco de pessoas exclusas, mesmo que, *in casu*, redunde em cúmulo de indemnizações¹¹¹. Para os seguros de grandes riscos, a regra é supletiva (artigo 13º/2). Quanto às derrogações convencionais de sub-rogação contra, por ex., visitantes, fornecedores, subcontratados ou membros do pessoal em certos seguros empresariais, contra o locatário, ou entre seguradores susceptíveis de se encontrar alternativamente na posição de seguradores de coisas e de responsabilidade, tem-se entendido serem lícitas desde que não redundem em cúmulo de indemnizações¹¹²: pensamos não haver obstáculos a tal, postergado o entendimento do princípio indemnizatório como imperativo e tido este como funcionando primacialmente no interior do próprio contrato de seguro¹¹³. Uma outra questão: o artigo 136º/4, b), será passível de redução teleológica no sentido de abranger as pessoas aí previstas nos casos em que se conclua que o segurado também

108 - Assim, SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*⁴, VI 5, 243-244.

109 - Cf. ROMANO MARTÍNEZ, *LCS Anot²*, sub 13º, III, 69-70.

110 - Assim também, COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot²*, sub 136º, II, 8, 470-471.

111 - Contra, COSTA OLIVEIRA, *LCS Anot²*, sub 136º, II, 8, 470-471. No Direito francês, no sentido do texto, CARMO SILVA, *Code des assurances commenté*⁵, 147-160.

112 - MARCEL FONTAINE, *Droit des Assurances*³, 591.

113 - Poder-se-ia ser tentado a dizer que a questão releva, ainda, para efeitos de avaliação do ónus do segurado de não prejudicar a sub-rogação do segurador: contudo, na medida em que tais cláusulas tenham sido acordadas entre tomador e segurador, o problema não se coloca (colocar-se-ia se acordadas entre segurado e o terceiro, por ex., subcontratado).

teria agido civilmente contra elas¹¹⁴ Se a *ultima ratio* da norma fosse apenas a vontade presumível do segurado (de renúncia ao crédito indemnizatório nestes casos), ou então a repercussão de tal sub-rogação no património do segurado (que seria, em bom rigor, quem desembolsaria as quantias ou ver-se-ia prejudicado no seio económico familiar ou comum com o desembolsar das mesmas por si ou por algum dos seus elementos), então a resposta poderia ser positiva; todavia, uma vez que a norma visa a, também, proteger o segurado contra abusos do segurador, propendemos para uma resposta negativa.

Quanto ao artigo 136º/4, *a*), do RJCS, há, todavia, quem não o aplique aos seguros de património¹¹⁵. Cremos, do mesmo modo, ter sido o preceito em causa pensado para seguros reais (como, de resto, genericamente, todo o regime do artigo 136º do RJCS) que não de património, em relação aos quais a sua aplicação se defronta com não parcias dificuldades práticas. A referida funcionalização do seu escopo histórico e primário não impede, porém, a sub-rogação contra o co-responsável por que o segurado também responda.

6. Âmbito objetivo

I. A sub-rogação do segurador vem prevista, no direito português, no artigo 136º do RJCS, inserto na parte geral do título II do mesmo diploma, e, no brasileiro, no artigo 786.º do CC/02 na secção II do capítulo XV: a respectiva colocação sistemática ilustra, com meridiana clareza, o propósito de aplicação de ambos os preceitos a todos os seguros de danos¹¹⁶. Contudo, dentro dos seguros de danos, o âmbito histórico-normativo de aplicação da sub-rogação é o dos seguros reais¹¹⁷.

114 - Por ex., altercação entre marido e mulher, situação de “em vias de separação”, filho com quem tem relação conturbada, pais a quem não fala e com os quais mantém litígio.

115 - ENRICO STEIDL, *Il contratto...*, 228.

116 - Vd. a lista de seguros de MUSCHNER, *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*², Nomos, Baden Baden, 2011, Rüffer/Halbach/Schimikowski (org.), § 86, II, 1, 621, e de DIRK-CARSTEN GÜNTHER, *Der Regress des Sachversicherers*, VWV, Karlsruhe, 2012, 113-303.

117 - Vd., por ex., JOÃO MATA, *Seguro marítimo – mercadorias*³, 78-79, aplicando o artigo 441º CCom/1888 ao seguro marítimo de mercadorias, ligando-o ao nº 9 das cláusulas FPA, WA ou *all risks*; cf. também LUÍS POÇAS, *A natureza jurídica do seguro-canção*, RDES 56 (2015), 150. Sobre a diferença entre os seguros *all risks* e os *named perils*, assente no ónus da prova, vd. ALVES DE BRITO, *Seguro...*, 87 ss., LIMA REGO/RUTE CARVALHO DA SILVA, *Os seguros...*, 290-291.

A sub-rogação dos artigos 136º do RJCS e 786º do CC/02 aplica-se aos seguros de pessoas indemnizatórios (não taxados)¹¹⁸ e, cremos, embora esteja tal posição longe de ser consensual, também aos seguros de pessoas indemnizatórios taxados, nos mesmos termos que aos seguros de valor taxado, pois os artigos 181º do RJCS e 800º do CC/02 só se aplica aos seguros de pessoas de capitais¹¹⁹.

II. Como escrevíamos, a sub-rogação do segurador foi, historicamente, pensada para os seguros reais: já à luz do artigo 441º CCom/88, a sua aplicação aos *seguros de responsabilidade* era obtida por interpretação

118-A aplicação deste preceito tem gerado, na *praxis*, não poucas dificuldades, até porque não é fácil discernir, num mesmo seguro, quais as pretensões “indemnizatórias” das prestações de capital (mau grado o legislador português ter entretanto, por força da Lei nº 147/2015, fixado índices para o efeito no artigo 181º do RJCS). Um exemplo: A, subscriptor de seguro de grupo de acidentes pessoais, foi morto por B. Além das despesas de tratamento hospitalar, de trasladação do corpo e funeral, o segurador pagou 80% do salário mensal bruto de A x 56 (com teto máximo, na apólice, até 1.500.000 € e mínimo de 25.000 €), bem como 4.200 €/ano (num máximo de 5 anos), com atualização à taxa de 2,5% por ano aos filhos até aos 24 anos. Colocou-se a questão de saber se o segurador poderia sub-rogar-se contra o responsável pelo sinistro. A resposta não é unívoca: quanto às despesas de tratamento hospitalar, de trasladação e de funeral, porque se trata de prestações indemnizatórias, aplicar-se-á o regime da sub-rogação legal (artigo 136º/1, do RJCS); mas, quanto à “indemnização por morte”, não é possível a sub-rogação, na medida em que o artigo 181º do RJCS não venha derrogado na apólice. Com efeito, esta “indemnização por morte” é uma prestação de capital: basta atentar na circunstância segundo a qual, seja em que circunstância for (*rectius*, seja qual for o salário de A), os beneficiários do seguro receberão sempre 25.000 €; mais ainda, o pagamento da “indemnização” não está dependente da liquidação de quaisquer danos, bastando-se com a prova da existência do sinistro (o decesso de A). Cf. recentemente também MARIA INÉS DE OLIVEIRA MARTINS, *Regime jurídico do contrato de seguro em Portugal*, em *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 5 (2016) 3, 224-225.

119- *Vd. J. VAN NIEKERK, Funeral insurance: a rare decision and some general observations*, na *South African Mercantile Law Journal* (2001), 13, 638-649, *maxime* 646-648. Revemos a nossa posição em *Da sub-rogação no contrato de seguro*, 128-130. Sobre o preceito, *vd.*, além (das críticas) de MOITINHO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, 13-14, e, embora a latere, *eiusd.*, *ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O PROJECTO DE LEI BRASILEIRO nº 3. 555, DE 2004, RELATIVO AO CONTRATO DE SEGURO*, *CDP* 26 (2009), 14, e *eiusd.*, *O contrato de seguro...*, 219-220, ALVES DE BRITO, *LCS Anof*², *sub* 181º, 535-536, ROMANO MARTÍNEZ, *LCS Anof*², *sub* 181º, 536, COSTA OLIVEIRA, *LCS Anof*², *sub* 181º, 536, INÉS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...*, 326-329. Em sentido contrário, afirmando a sub-rogação do segurador para os seguros de pessoas, com base na *cld*, GÄRTNER, *Das Bereicherungsverbot...*, já analisado *suprā*. Sobre a sub-rogação nos seguros de somas, *vd.*, ainda, no Direito tudesco, ILSELORE FRICK, *Regress- und Anrechnungsprobleme in der Summenversicherung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1985, *per totum*, com influxo do pensamento de GÄRTNER.

extensiva¹²⁰. *Ictu oculi*, pouco sentido faz o segurador sub-rogar-se nestes casos, pois responsável foi o segurado (cf. artigo 136º/4, *a*), do RJCS), e o seguro visa precisamente cobrir os seus actos danosos. As situações prototípicas visadas pelo legislador foram, portanto, as de seguros reais: a aplicação *sic et simpliciter* do regime da sub-rogação aos seguros de responsabilidade¹²¹ quadra mal ou chega mesmo a ter uma lógica divergente (pense-se nos atos e omissões prejudiciais dos artigos 136º/2 do RJCS e 786º/§2.º do CC/02); de resto, o instituto do regresso tem aí uma aplicação preferencial (artigo 144º do RJCS). Só em casos marginais podemos aplicar o artigo 136º a estes seguros, *vicelicit* se o segurado tiver sido co-responsável pelo dano (não se responsável único, dado o teor do artigo 136º/1, 3 e 4 do RJCS), e aí das duas uma: (*i*) ou o segurador paga diretamente ao terceiro lesado e se sub-roga contra o outro condevedor solidário (que não o segurado); (*ii*) ou o segurado paga *in totum* o débito e o segurador depois reembolsa-lhe a parte que respeita ao outro co-responsável, sub-rogando-se contra este¹²². Há, porém, quem enquadre estas duas hipóteses não como sub-rogação, mas como regresso, para

120 - MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...*, 220; cf. também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII, Coimbra Ed., Coimbra, 1938, 561 e VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização...*, 204. Há, contudo, hipóteses marginais em que o seguro de responsabilidade “se comporta” como um seguro de coisas ou de ativos. Imagine-se o caso dum seguro de crédito cujo tomador pedira para inserir mais um devedor na lista de devedores, cuja insolvência era coberta. O mediador, porém, por negligência, não comunicou ao segurador de crédito este novo devedor. Verificada a insolvência desse concreto devedor, o segurado verifica não se encontrar coberto e acciona o seguro de responsabilidade do mediador. Neste caso, atento o primado da reconstituição natural (artigos 562º e 566º do CC/66 ex 138º/2 do RJCS), o segurador do mediador será chamado a cobrir o seguro nos mesmos termos em que o teria feito o segurador de crédito, i.e., o segurador será chamado a pagar tal e qual como se fosse o segurador de crédito. Assim sendo, e nestes termos, se pagar ao segurado, sub-rogar-se-á contra o devedor insolvente (na prática, podem depois surgir questões delicadas se, por ex., o segurado já tiver reclamado créditos, caso em que terá de deduzir-se incidente de habilitação *inter vivos* ou, se não tiver havido reclamação de créditos, mas o prazo para reclamar já tiver decorrido, deve o segurador recorrer à verificação ulterior de créditos).

121 - Sobre o direito de regresso do segurador de responsabilidade civil, HANSPETER LEUENBERGER, *Der Regress in der Haftpflichtversicherung*, Universität Bern, 1955, *passim*, assim como Yael Strub, *Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda*, Schulthess, 2011, 136 ss.

122 - ENRICO STEIDL, *Il contratto...*, 228. Cf. também, HUBERT GROUTEL, *Réflexions sur la subrogation anticipée*, Recueil Dalloz Sirey – Chronique (1987), I, 283-284, *eiusd.*, *Autour de la subrogation dans les droits de la victime d'un accident de la circulation*, em *Responsabilité Civile et Assurances* VI (1993), 1, 1.

obviar nomeadamente aos efeitos perniciosos que aqui teria a aplicação “cega” do artigo 136º/4, a), do RJCS. Discordamos, contudo. O artigo 136º/4, a), do RJCS só exclui a sub-rogação “*contra o segurado se este responde pelo terceiro responsável nos termos da lei*”, e por isso não obsta à sub-rogação contra aquele que, juntamente com o segurado, seja co-responsável. Por outro lado, trata-se de sub-rogação e não regresso *stricto sensu*: é que, embora o segurador ingresse na posição dum credor solidário, ele fá-lo enquanto terceiro; de facto, também no caso de direitos de crédito com pluralidade solidária de devedores, um terceiro pode cumprir na vez destes: ele não é obrigado solidário, mas paga na vez destes; sub-roga-se, portanto, numa posição jurídica activa reforçada pela solidariedade passiva (e isto quer na hipótese sob (i), quer na hipótese sob (ii), *sufra*).

A paredes-meias com a sub-rogação, encontramos o *direito de regresso* (contra o tomador ou segurado) por sinistro causado dolosamente ou por lesão do segurador doutra forma após o sinistro, cujo âmbito de aplicação preferencial é precisamente nos seguros de responsabilidade (artigo 144º/1, do RJCS, e, para a segunda hipótese, o nº 1, conjugado com os artigos 101º/4, ex 126º/3, ou, ainda, o 140º/6)¹²³. Também no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, não operando, por norma a sub-rogação, encontra-se um campo preferencial de aplicação da figura do regresso (artigo 27º/1, do SORCA). Uma vez que a aplicação do direito de regresso não se prende com o princípio indemnizatório, mas com o princípio da não-cobertura de atos dolosos (artigos 46º e 148º), mau grado a manifesta proximidade entre as duas figuras, não o trataremos, por ora, dado o escopo do presente de trabalho e as específicas valorações problemático-normativas que comporta¹²⁴.

*O presente texto foi ajustado à ortografia unificada e a atualizada por Acordo firmado pelos países da Comunidade da Língua Portuguesa, em vigor desde 1º/01/2009, e firmado no dia 31/12/2015. Consultada a Academia Brasileira de Letras.

123 - JOSÉ VASQUES, *LCS Anof²*, sub 144º, III, 490-491.

124 - *Vd.*, em geral, sobre o regresso no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel PESSOA JORGE, *SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA DE ACIDENTES DE VIACÃO (JURISPRUDÊNCIA COMENTADA)*, separata RFDUL XXIV (1973), 9-29, LEITE DE CAMPOS, *Seguro da responsabilidade civil fundada em acidentes de viação – da natureza jurídica*, 1971, 15-166, o nosso *Da sub-rogação no contrato de seguro*, 109 ss.

Legislação





O regime repressivo no mercado segurador. Evolução – atualização da legislação que dispõe sobre a matéria

Suelly Molina¹

Resumo: Um pouco da história sobre a legislação do mercado segurador no Brasil e, sobre as diversas alterações havidas, em especial aquela pertinente ao regime repressivo. Buscou-se demonstrar a evolução dessa legislação, notadamente a infralegal emanada do CNSP e SUSEP. Comentar a relevante alteração ocorrida a partir de 2011, com o advento da Resolução CNSP 243, que dispõe sobre aplicação de penalidades e sobre o rito do processo administrativo sancionado (PAS) e, concentrou a instauração desse processo em face dos agentes, pessoas naturais: diretores, administradores, gerentes, supervisores, auditores, contadores..., responsáveis por supostas práticas infracionais ocorridas no âmbito do mercado de seguros. O entendimento pela responsabilização objetiva e a superação desse entendimento errôneo pela correta responsabilidade subjetiva. Atual entendimento.

Abstract: A little of the history about the legislation of the insurance market in Brazil and about the various changes made, especially that pertinent to the repressive regime. It was tried to demonstrate the evolution of this legislation, in particular, the infralegal issued by CNSP and SUSEP. To comment on the relevant change that has taken place since 2011, with the enactment of CNSP Resolution 243, which provides significant penalties and on the rite of the administrative proceedings (PAS), as well as focused the establishment of this process against natural persons agents: directors, administrators, managers, supervisors, auditors, accountants ..., those responsible for alleged illegal practices in the insurance market. The understanding by objective responsibility and the overcoming of this erroneous understanding by the correct subjective responsibility. Current understanding.

1 - Advogada especialista em Direito Securitário e do Mercado Financeiro, sócia do escritório de advocacia Euds Furtado Advogados Associados, atuante no CRSNSP e no CRSFN, membro associado da AIDA, MBA em Direito Securitário na FUNENSEG, ex-Ovidora do SINAPP-RJ.

Palavras-Chave: Legislação de regência. Mercado Segurador. Regime Repressivo. Legislação Penal. Norma de Penalidades. Direito Regulatório. Dolo e Culpa. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Subjetiva. Sistema Financeiro Nacional. Lavagem de Dinheiro. Crime do Colarinho Branco. Conselho Monetário Nacional. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados. Comissão de Valores Mobiliários. Superintendência de Seguros Privados. Banco Central do Brasil. Processo Administrativo Sancionador. Penalidade. TAC. SUSEP. CRSNSP. CNSP. BACEN. CVM.

Keywords: Legislation. Insurance Market.. Repressive Regime. Criminal Law. Penalty Norms. Regulatory Law. Deceit and Guilt. Objective Responsibility. Subjective Responsibility. Brazilian Financial System. Money Laundering. White-collar crime. Nacional Monetary Council. Council of Resources of the National Private Insurance System. Securities and Exchange Comission. Superintendencyof Private Insurances. Brazilian Central Bank. Punitive Administrative Proceedings. Penalties. TAC. SUSEP. CRSNSP. CNSP. BACEN. CVM.

Sumário: 1. Introdução. 2. Legislação de regência que impõe o regime repressivo. 3. Intervenção do Conselho Monetário Nacional. 4. Evolução e atualização do sistema repressivo adotado para o mercado segurador. Penalidades aplicáveis.

1. Introdução

O mercado segurador compõe-se, principalmente, de sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, resseguradoras e sociedades de capitalização, cujas atividades estão estruturadas na administração de fundos gerados pelo mutualismo ou pela poupança popular, excetuando-se as sociedades resseguradoras, cuja atividade concentra-se em garantir os riscos assumidos pelas sociedades seguradoras, mediante a assunção de alguns desses riscos, através de contratos automáticos ou facultativos.

O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) são os órgãos responsáveis pelo controle, regulação e fiscalização desses mercados, sendo a SUSEP uma Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, criada em 1966 pelo Decreto-Lei nº 73.

Em razão da atividade de captação de recursos junto ao público e, bem assim, pela gestão desses recursos, torna-se imperiosa a regulação

e a fiscalização das empresas que compõem o mercado segurador pelo Estado, em especial: (i) pelo controle da solvência dessas sociedades através da fiscalização pelo órgão público competente (SUSEP); (ii) pela proteção aos segurados/participantes/beneficiários e subscritores, efetivos consumidores dos produtos comercializados pelas empresas supervisionadas; (iii) pela confiabilidade do público em geral, aspecto este de fundamental importância no fomento do mercado segurador.

Além de a emanação de normas para o setor ocorrer através do CNSP e da própria SUSEP, é, entretanto, da competência do Conselho Monetário Nacional (CMN), em razão da matéria, dispor sobre os investimentos realizados pelas empresas que compõem o mercado de seguros.

Verifica-se, nesse diapasão, que a função regulatória e, principalmente, a fiscalizatória já existia no Brasil antes do advento das agências reguladoras. Temos como exemplo a própria SUSEP, como ente fiscalizador do mercado de seguros desde a década de 60, assim como o Banco Central do Brasil na regulação e fiscalização das Instituições Financeiras, o que vem corroborar a importância desses mercados, financeiro e segurador, como grandes captadores de recursos junto ao público.

Foi somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição, que a importante reforma da atuação do Estado na economia nacional veio a ocorrer, impulsionando, assim, a criação de inúmeras Agências Reguladoras como meio de intervenção indireta, com funções mais abrangentes às de fiscalização, em especial, o incentivo e planejamento aos mercados regulados, fundamentadas no art. 173² da nossa Carta Magna.

2. Legislação de regência que impõe o regime repressivo para o mercado segurador e das Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC)

O Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, regulamentado pelo Decreto nº 60.459/67, criou a SUSEP (antigo DNSPC –

2- Constituição, “Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização, vinculado à época ao Ministério da Indústria e Comércio), dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e sobre as operações de seguros e resseguros.

O regramento estabelecido sobre o regime repressivo para penalização das sociedades seguradoras e das demais sociedades acima mencionadas, com exceção das EAPC, seus diretores, administradores, gerentes e demais colaboradores, no tocante ao regime disciplinar, teve origem no mesmo Decreto-Lei nº 73, inserido no antigo Capítulo IX (atual Capítulo X), artigo 108³, por infrações aos dispositivos legais ali previstos, e nas demais disposições infralegais editadas pelo CNSP e SUSEP.

Como se vê, as regras para sancionar pessoas físicas e jurídicas, que atuavam e atuam no mercado de seguros e de capitalização, existem há mais de 50 anos. Tais regras, entretanto, mantinham tipos de penalidades bastante similares às atuais, sendo que a dosimetria para a aplicação da pena pecuniária (multa) difere da atual, que determina valores bem mais elevados.

Da mesma forma, no que se refere à fiscalização sujeita a regime especial, ou seja, direção fiscal, intervenção, liquidação extrajudicial e cancelamento do registro, o Decreto-Lei nº 73/66, à

3 - Decreto-Lei nº 73/66, antigo capítulo IX. "Art. 108. As infrações aos dispositivos deste Decreto-lei sujeitam as Sociedades Seguradoras, seus Diretores, administradores, gerentes e fiscais às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

- I - Advertência;
- II - Multa pecuniária;
- III - Suspensão do exercício do cargo;
- IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargo de direção, nas Sociedades Seguradoras ou no IRB;
- V - Suspensão da autorização em cada ramo isolado;
- VI - Perda parcial ou total da recuperação de resseguro;
- VII - Suspensão de cobertura automática;
- VIII - Suspensão de retrocessão;
- IX - Cassação de carta-patente."

época, veio dispor sobre a matéria através do Capítulo VIII, artigo 89 e seguintes⁴.

No que se refere às EAPC (entidades abertas de previdência privada complementar) a partir de 1977, ou seja, 11 anos após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 73/66, através da promulgação da Lei nº 6.435/77, estas passaram a ter legislação ordinária específica para regulamentar e determinar a instituição de planos privados de concessão de pecúlio

4- Decreto-Lei 73/66. “Art. 89. Em caso de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da Sociedade Seguradora, a critério da SUSEP, poderá esta, além de outras providências cabíveis, inclusive fiscalização especial, nomear, por tempo indeterminado, às expensas da Sociedade Seguradora, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo CNSP: § 1º Sempre que julgar necessário ou conveniente à defesa dos interesses dos segurados, a SUSEP verificará, nas indenizações, o fiel cumprimento do contrato, inclusive a exatidão do cálculo da reserva técnica e se as causas protelatórias do pagamento, porventura existentes, decorrem de dificuldades econômico-financeira da empresa.

Art. 90. Não surtindo efeito as medidas especiais ou a intervenção, a SUSEP encaminhará ao CNSP proposta de cassação da autorização para funcionamento da Sociedade Seguradora.

Parágrafo único. Aplica-se à intervenção a que se refere este artigo o disposto nos art. 55 a 62 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977.

Art. 91. O descumprimento de qualquer determinação do Diretor-Fiscal por Diretores, administradores, gerentes, fiscais ou funcionários da Sociedade Seguradora em regime especial de fiscalização acarretará o afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Art. 92. Os administradores das Sociedades Seguradoras ficarão suspensos do exercício de suas funções desde que instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente seu mandato na hipótese de condenação.

Art. 93. Cassada a autorização de uma Sociedade Seguradora para funcionar, a alienação ou gravame de qualquer de seus bens dependerá de autorização da SUSEP, que, para salvaguarda dessa inalienabilidade, terá poderes para controlar o movimento de contas bancárias e promover o levantamento do respectivo ônus junto às Autoridades ou Registros Públicos.”

Em caso de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da Sociedade Seguradora, a critério da SUSEP, poderá esta, além de outras providências cabíveis, inclusive fiscalização especial, nomear, por tempo indeterminado, às expensas da Sociedade Seguradora, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo CNSP.

ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante a contribuição de seus participantes.

Anteriormente, a partir da Proclamação da República, havia as sociedades ou associações com a denominação de “Caixas Mútua de Pensões e Pecúlios” que admitiam sócios mediante pagamento de contribuição módica e sob o compromisso de se cotizarem entre si no caso de falecimento de um deles e, obtido um certo número de sócios, passaria a sociedade/associação a oferecer esses benefícios nos moldes do mutualismo puro⁵.

Em maio de 2001, após sancionada a Lei Complementar nº 109/01 que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, restou revogada a Lei nº 6.435/77.

De se notar que ambas, tanto a Lei nº 6.435⁶ quanto a Lei Complementar nº 109/01⁷, dispõem sobre o Regime Repressivo, assim como o Regime Disciplinar das entidades abertas de previdência complementar, dispendo, também, que as funções de regulação e de fiscalização dessas entidades serão exercidas pelo CNSP e pela SUSEP, em razão de o legislador federal entender que as EAPC integram-se no Sistema Nacional de Seguros Privados.

Nesse passo, mediante a outorga do governo federal, através do Decreto-Lei nº 73/66, do Decreto-Lei nº 261/67, da Lei Federal nº 6.435/77, da Lei Complementar nº 109/01 e Lei Complementar nº

5 - História da Previdência. Fonte: SINDEPP/SP.

6 - Lei nº 6.435/77. “Art. 7º - As entidades abertas integram-se no Sistema Nacional de Seguros Privados.”

7 - Lei Complementar nº 109/01. “Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.”

126/07, o CNSP e a SUSEP passaram a deter a função de regulação e fiscalização dos mercados de seguro, capitalização, resseguro e de previdência privada aberta, fixando diretrizes e normas da política para esses mercados, atuando, inclusive, como legisladores administrativos autorizados para emissão de normas infralegais, sob a observância das determinações contidas nos referidos diplomas legais, ressaltando-se, em especial, aquelas destinadas ao regime repressivo e disciplinar.

3. Intervenção do Conselho Monetário Nacional - abrangência da legislação penal nos casos de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro

O mercado de seguros, e de previdência complementar aberta, como grande captador de recursos junto ao público, integra, através do CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados), o Sistema Financeiro Nacional, ao lado do CMN (Conselho Monetário Nacional), da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) e do CNPC (Conselho Nacional de Previdência Complementar).

O art. 192⁸ da Constituição Federal, com sua nova redação, manteve a supremacia do Sistema Financeiro Nacional para promover o desenvolvimento do País, servindo aos interesses da coletividade.

Desde 1964, a Lei nº 4.595/64 é o diploma legal que dispõe sobre esse Sistema. Em que pese tratar-se de uma Lei Ordinária, é majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que foi recepcionada pela nova carta constitucional de 1988 como Lei Complementar⁹.

8 - Constituição, “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

9 - No Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 21.729-4 (Banco do Brasil S.A. vs. Procurador Geral da República), ao considerar a Lei nº 4595/64, o Ministro Maurício Corrêa afirmou: “Tenho como certo que esta Lei, que regula o sistema financeiro como um todo, foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988 como lei complementar, em face do que dispõe o seu art. 192.”

Em razão disso, foram inseridos os arts. 28¹⁰ e 29¹¹ no Decreto-Lei nº 73/66, atribuições de competência ao CMN para fixar diretrizes e critérios para aplicação das reservas técnicas das Cias. Seguradoras e das EAPC através do que dispõe o art. 9º¹² da Lei Complementar nº 109/01. Da mesma forma ocorre com as sociedades de capitalização através do art. 17 do Decreto-Lei 261/67.

A competência do CMN para dispor sobre as normas pertinentes à aplicação dos recursos das reservas e provisões das sociedades seguradoras, capitalização e EAPC, vem se impondo ao longo desses anos através da edição de Resoluções que disciplinam o assunto. Atualmente, sobre a matéria, encontra-se em vigor a Resolução CMN nº 4.444/15.

Em decorrência do fato de integrarem o Sistema Financeiro Nacional as empresas do mercado de seguros e, bem assim, seus controladores e administradores, estão sujeitos a aplicabilidade da Lei nº 7.492/86¹³ que define os crimes contra esse Sistema Financeiro Nacional.

10 - Decreto-Lei nº 73/66. “Art. 28. A partir da vigência deste Decreto-Lei, a aplicação das reservas técnicas das Sociedades Seguradoras será feita conforme as diretrizes do Conselho Monetário Nacional.”

11 - Decreto-Lei nº 73/66. “Art. 29. Os investimentos compulsórios das Sociedades Seguradoras obedecerão a critérios que garantam remuneração adequada, segurança e liquidez.”

12 - Lei complementar nº 109/01. “Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.”

13 - Lei nº 7.492/86. “Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. (Vetado.)”

Com efeito, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, também chamados de crimes do colarinho branco, fazem parte de um conjunto amplo de delitos, quais sejam, aqueles *contra a ordem econômica*, que vêm sendo objeto de estudos e combate pelo Direito Penal Econômico, sendo que no que se refere a tais delitos a doutrina nacional vem entendendo como finalidade precípua a proteção dos bens jurídicos fundamentais: o patrimônio individual e a ordem econômica.

Sobre a criminalidade econômica, os autores Figueiredo Dias e Costa Andrade têm relevantes considerações sobre o assunto nos seus dizeres, que:

*“pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais de todos os países.”*¹⁴

A Lei nº 7.492/86 dispõe em seu primeiro artigo¹⁵ sobre o conceito de Instituição Financeira, mencionando, no seu parágrafo único, que a ela se equipara:

“Parágrafo único: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”. (gn)

Constam na referida lei, devidamente tipificados, mais de 20 (vinte) delitos, as respectivas penas e sua dosimetria, sendo de suma

14-Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade em “*Problemática geral das infrações contra a economia nacional – Temas de Direito Penal Econômico*.

Ed. Revista dos Tribunais/São Paulo- 2000, p.p. 64 e 65.”

15-Lei nº 7.492/86. “Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.”

importância trazer em destaque neste trabalho pelo menos 6 (seis) desses delitos, quais sejam, aqueles previstos nos artigos 4º, 5º 8º, 10, 11 e 17¹⁶.

O art. 26 da Lei¹⁷ dispõe sobre a ação penal pelo Ministério Público e jurisdição da Justiça Federal, admitindo a assistência da CVM e/ou do Banco

16 - Lei nº 7.492/86. “Art. 4º Gerir fraudulentemente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.

Art. 8º Exigir, em desacordo com a legislação (Vetado), juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 17 Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferir a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

17 - Lei nº 7.492/86. “Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização.”

Central do Brasil no caso de crime cometido no âmbito das atividades sob a supervisão dessas Autarquias, complementando através do art. 28¹⁸ que, verificada a ocorrência dos delitos pelas empresas sob a sua fiscalização, tais Autarquias devem comunicar ao Ministério Público Federal.

Quando se tratar de delitos praticados pelas empresas supervisionadas pela SUSEP, tipificados na lei do colarinho branco, há uma omissão na Lei nº 7.492/82, qual seja, em que pese à lei não mencionar sobre a respectiva assistência desse órgão fiscalizador na ação penal, há de se concluir, s.m.j., por idêntica prerrogativa no procedimento criminal previsto para o BACEN e CVM.

Por ocasião da ação penal, simultaneamente, será instaurado pela Autarquia responsável pela supervisão e fiscalização de cada atividade, o respectivo Processo Administrativo Sancionador (PAS), visando à apuração dos fatos e a aplicabilidade da sanção administrativa, se for o caso, com vistas à manutenção da estabilidade, credibilidade e higidez desses mercados.

A Resolução CNSP nº 243/11, por sua vez, que dispõe sobre as sanções administrativas no âmbito das atividades de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta, e sua aplicabilidade pela SUSEP (1ª instância administrativa) e CRSNSP, através do Processo Administrativo Sancionador, prevê em seus art. 30, 38, 39, 41, 60, 62, 63, 64, 65 e 77¹⁹ a tipificação de atos infrutivos correlatos aos crimes contra o sistema financeiro nacional.

No que diz respeito aos delitos previstos na Lei nº 9.613/98²⁰, que dispõe sobre os crimes de “lavagem de dinheiro” ou ocultação de bens,

18 - Lei nº 7.492/86. “Art. 28. Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato. Parágrafo único. A conduta de que trata este artigo será observada pelo interventor, liquidante ou síndico que, no curso de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, verificar a ocorrência de crime de que trata esta lei.”

19 - Resolução CNSP nº 243/11. “Art. 30 Divulgar prospecto, publicar anúncio, expedir correspondência ou promover qualquer outra veiculação de caráter publicitário sobre contrato que contenha informação total ou parcialmente falsa. Sanção: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinquinhentos mil reais).”

20 - Lei nº 9.613/98. “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”

direitos e valores, e sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro, da mesma forma, ocorrerá, simultaneamente, o trâmite da ação penal na esfera judicial e o processo administrativo sancionador instaurado pela Autarquia vinculada à atividade.

A Lei nº 9.613/98 criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) que disciplina e aplica penas administrativas e identifica as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nessa Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos, como é o caso do Conselho Nacional de Seguros Privados que, através da Resolução CNSP nº 97/2002, regula o PAS para apuração de responsabilidades das empresas que compõem o mercado segurador, e seus respectivos administradores e colaboradores, por inobservância ao disposto nos Arts. 10 e 11²¹ da Lei de lavagem.

21 - Lei nº 9.613/98. “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.”

Tal resolução prevê sanção administrativa que pode variar de advertência para multa, inabilitação temporária para exercício de cargo de Diretor ou Conselheiro e cancelamento de autorização para operação ou funcionamento, sendo que os valores aplicáveis no caso de multa foram alterados pela Resolução CNSP nº 243/11, art. 73²² e podem variar de R\$ 10.000,00 a R\$ 200.000,00.

O julgamento desse tipo de PAS em 1^a instância administrativa ocorrerá no âmbito da SUSEP, sendo que na 2^a instância administrativa ocorreu, recentemente, o deslocamento da competência do CRSNSP (Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados) para o CRSFN (Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional) julgar os recursos interpostos relativos à prevenção de lavagem de dinheiro, previstos na Resolução CNSP nº 97/02, conforme determina o Decreto nº 8.652/16 que alterou o Regimento Interno desse Conselho²³.

Concluindo, a apuração desses crimes (colarinho branco e lavagem) competirá à Policia Federal (PF) e ao Ministério Público Federal

22 - Resolução CNSP nº 243/11. “Art. 73. Não identificar seus clientes ou não manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas pelas autoridades competentes. Sanção: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem: I - Não manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; II - Não atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que se processarão em segredo de justiça; e III - Descumprir a vedação ou deixarem de fazer a comunicação das operações que se subsumam aos critérios definidos pela autoridade competente.”

23 - Decreto nº 8.652/16. “Art. 1º O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar, em última instância administrativa, os recursos:

I - previstos:

d) no § 2º do art. 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998;

III - de decisões das autoridades competentes relativas à aplicação das sanções previstas na Lei nº 9.613, de 1998.”

(MPF), sendo a Justiça Federal competente para julgar a ação penal. Nos casos de conhecimento, pela SUSEP, de indícios que indiquem a existência de delitos previstos na Lei nº 7492/86, e, bem assim, na Lei 9613/98, a Procuradoria Federal da Autarquia encaminhará o caso à PF para investigação e ao MPF para definir se há elementos para indiciamento.

Conforme mencionamos acima, a apuração desses crimes na esfera judicial penal gerará, paralelamente, caso não houver sido procedida, anteriormente pela Autarquia competente, a instauração do PAS para a apuração dos ilícitos administrativos. Em razão da autonomia de cada uma dessas instâncias, o réu poderá ser condenado em ambas, estando sujeito à pena mínima de multa e máxima de privação de liberdade, no processo criminal e, no processo administrativo sancionador, às sanções administrativas que poderão variar entre advertência, multa, suspensão do exercício de atividade ou profissão, inabilitação para o exercício de cargo ou função no serviço público ou em empresa privada e, finalmente de cancelamento de registro.

No que diz respeito ao cancelamento de registro, a Resolução CNSP nº 243/11 refere-se em seu art. 2º, inciso VI²⁴, tão somente ao registro de corretores de seguros. Isto porque o cancelamento de registro da empresa supervisionada tem fundamento legal no art.

24 - Resolução do CNSP nº 243/11. “Art. 2º A prática das infrações previstas nesta Resolução sujeitará a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes sanções administrativas:

- I – advertência;
- II – multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
- III – multa no valor igual à importância segurada ou ressegurada, no caso das operações de seguro, cosseguro ou resseguro sem autorização;
- IV – suspensão do exercício de atividade ou profissão abrangida por esta Resolução, pelo prazo de trinta dias até cento e oitenta dias;
- V – inabilitação para o exercício de cargo ou função no serviço público ou em empresa pública, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, entidades de previdência complementar, sociedade de capitalização, instituições financeiras, sociedades seguradoras e resseguradoras, pelo prazo de dois a dez anos; e
- VI – cancelamento de registro de corretor de seguros, pessoa natural ou jurídica.”

96²⁵ do Decreto-Lei nº 73/66 e implicará em sua liquidação extrajudicial, regulamentada pela Lei nº 6.024/74.

4. Evolução e atualização do sistema repressivo adotado para o mercado segurador – penalidades aplicadas às infrações administrativas em normas recentemente editadas pelo CNSP e SUSEP

Nos últimos anos, a partir de 2001, encontrava-se em vigor a Resolução CNSP nº 60/2001. Na década de 90 encontravam-se vigentes as Resoluções nºs 16/91 e 14/95. A partir de março de 2012 entrou em vigor a Resolução CNSP nº 243/11.

De se notar o divisor de águas estabelecido por ocasião do início da vigência da nova Resolução no que tange às penalidades aplicadas em face das pessoas físicas e jurídicas supervisionadas pela SUSEP. Foram introduzidos novos tipos de infração, elencados em Seções determinativas da espécie infrativa, a saber: Seção I que dispõe sobre as “**Operações sem Autorização**”; Seção II dispõe sobre as “**Infrações Contábeis**”; Seção III sobre as “**Infrações Societárias**”; Seção IV sobre as “**Infrações Pertinentes aos Produtos e sua Comercialização**”; Seção V sobre “**Infrações aos Mecanismos de Supervisão**”; Seção VI sobre “**Infrações que Afetam a Solvência**”; Seção VII sobre as “**Infrações Pertinentes às Intermediações**”; Seção VIII sobre as “**Infrações de Prestadores de Serviços de Auditoria Independente**” e Seção IX sobre “**Demais Infrações**”.

Tal qual no direito penal, a aplicabilidade das sanções previstas nas normas de direito regulatório está adstrita aos tipos infracionais previstos em cada espécie seccional, não podendo o aplicador da penalidade criar tipos alheios ao conjunto de normas jurídicas estabelecidas, uma vez que o direito punitivo é formado por uma descrição, em série, de condutas definidas, ocorrendo a intervenção do Estado na aplicação ou não dessas sanções, quando da ocorrência do fato delituoso.

25 - Resolução do CNSP nº 243/11. “Art. 96. Além dos casos previstos neste Decreto-lei ou em outras leis, ocorrerá a cessação compulsória das operações da Sociedade Seguradora que: a) praticar atos nocivos à política de seguros determinada pelo CNSP; b) não formar as reservas, fundos e provisões a que esteja obrigada ou deixar de aplicá-las pela forma prescrita neste Decreto-lei; c) acumular obrigações vultosas devidas aos resseguradores, a juízo do órgão fiscalizador de seguros, observadas as determinações do órgão regulador de seguros.”

Não obstante, há dois critérios marcantes introduzidos pela Resolução CNSP nº 243/11:

- (i) a primeira, reside no dispositivo que impôs penalização, prioritariamente, às pessoas naturais (ex.: diretores, gerentes, supervisores, contadores, auditores...) trazendo como responsável solidária pelo pagamento da multa, nos casos de condenação, a pessoa jurídica à qual estão vinculados tais dirigentes e colaboradores.²⁶

26 - Resolução CNSP nº 243/11. "Art. 4º A multa administrativa será aplicada, de acordo com os limites e critérios indicados nesta Resolução, sempre que, a juízo da SUSEP, a aplicação exclusiva da pena de advertência for inadequada ou insuficiente para cumprir com os objetivos da repressão e da prevenção da pena.

§ 1º A pena de multa será aplicada à pessoa natural ou jurídica responsável pela infração. (Parágrafo alterado pela Resolução CNSP nº 293/2013) § 1º A (Parágrafo revogado pela Resolução CNSP nº 331/2015)

§ 1º B - As sociedades supervisionadas respondem solidariamente pela multa às pessoas naturais, assegurado o direito de regresso. (Parágrafo incluído pela Resolução CNSP nº 293/2013)

§ 2º A multa de que trata o inciso III do artigo 2º será imputada solidariamente aos agentes infratores envolvidos, assim entendidos a pessoa jurídica e seus dirigentes.

§ 3º As multas deverão ser pagas no prazo de trinta dias, contados a partir da data de recebimento da intimação, por meio da Guia de Recolhimento da União – GRU e, quando não forem recolhidas no prazo, serão atualizadas monetariamente e sofrerão os acréscimos previstos no art. 30 e art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, combinado com os artigos 389 e 486 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, bem como os encargos previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969.

§ 4º É facultado ao interessado pagar a multa com desconto de até 25% (vinte e cinco por cento), com redução limitada ao valor mínimo previsto em lei, desde que renuncie ao direito de recorrer e efetue o pagamento dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da intimação da decisão condenatória. (Parágrafo inserido pela Resolução CNSP nº 331/2015)

§ 5º O não pagamento da multa no prazo previsto nesta Resolução acarretará a inscrição do correspondente crédito na Dívida Ativa da SUSEP e no Cadastro de Inadimplentes – CADIN, sem prejuízo de sua inscrição nos demais cadastros de inadimplentes."

(ii) a segunda, diz respeito à gradação estabelecida para a aplicabilidade das sanções cabíveis nos limites mínimos e máximos²⁷.

Em que pese a Lei Complementar nº 126/2007 ter determinado o valor mínimo de sanção aplicável em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o mínimo previsto, exclusivamente, para as infrações pertinentes às intermediações – Seção VII –, dirigida aos Corretores de Seguro e Resseguros, Estipulantes e Representantes de Seguro é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base no art. 2º da própria Resolução CNSP nº 243/11.

A norma de penalidade, anterior (Resolução CNSP nº 60/2001), a nosso ver, s.m.j. adotava critérios de menor discricionariedade na aplicabilidade das penalidades pecuniárias, uma vez que para cada tipo infrutivo estava previsto o valor respectivo da penalidade a ser imposta. Com o advento da Resolução nº 243/11 introduziu-se a gradação para aplicabilidade da pena pecuniária entre o valor mínimo e o valor máximo, estabelecendo-se um critério subjetivo e de grande discricionariedade na aplicabilidade dos valores das multas, pela SUSEP.

Esses valores excessivamente espaçados e, sem a fixação de parâmetros orientadores ao julgador e aplicador das penalidades, propiciam a aplicabilidade de sanções desproporcionais e sem razoabilidade, impedindo que as empresas supervisionadas possam atuar com um mínimo de previsibilidade, o que afronta o princípio da segurança jurídica. Tal discricionariedade atinge, ainda, questão crucial que diz respeito a aplicabilidade de circunstâncias agravantes e que, da mesma forma, nos conduz a concluir, mais uma vez, pelo critério discricionário do Estado que pode majorar a pena base através de percentuais com variação entre 10% a 50%.

27- Resolução CNSP nº 243/11. “Art. 9º Na gradação das sanções administrativas serão consideradas, de forma sucessiva:

I - as sanções administrativas cabíveis dentro dos limites mínimos e máximos previstos nesta Resolução; Continuação da Resolução CNSP Nº 243, de 2011.

II – as circunstâncias administrativas da infração; e

III - as circunstâncias agravantes e atenuantes. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese de condenação pelo exercício de atividade não autorizada pela SUSEP, nenhuma pena de multa será superior ao valor máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).”

Com efeito, por ser uma norma incompleta há na Resolução nº CNSP nº 243/11 ausência do seu objetivo principal, qual seja, o de complementar o art. 108 do Decreto-Lei nº 73/66, detalhando aquilo que foi previsto de forma genérica²⁸.

Cabe à norma infralegal, nesses casos, a função do detalhamento quando a Lei prevê a sanção de forma abrangente.

Sobre o assunto há decisão do STJ que menciona sobre o privilégio de a Lei estabelecer e indicar a conduta para a aplicação da sanção, estatuindo que²⁹: *1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. 2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.*

Quanto aos critérios para a aplicabilidade de penalização à pessoa natural, muito já se discutiu no ambiente regulatório que envolve as empresas supervisionadas pela SUSEP, restando claro, inclusive, na própria norma de penalidades vigente, a adoção pelo legislador administrativo da responsabilidade subjetiva, própria dos processos administrativos sancionadores e que prevê fundamental rigor ao

28 - Decreto-Lei nº 73/66. “Art. 108. A infração às normas referentes às atividades de seguro, cosseguro, resseguro, retrocessão e capitalização sujeita, na forma definida pelo órgão regulador de seguros, a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes penalidades administrativas, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros:

I - advertência;

II - suspensão do exercício das atividades ou profissão abrangidas por este Decreto-Lei pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias; III - inabilitação, pelo prazo de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, para o exercício de cargo ou função no serviço público e em empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, entidades de previdência complementar, sociedades de capitalização, instituições financeiras, sociedades seguradoras e resseguradores;

IV - multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

V - suspensão para atuação em 1 (um) ou mais ramos de seguro ou resseguro.”

29 - Recurso Especial nº 324.181/RS. Min. Rel. Eliana Calmon. Julgado em 08/04/2003.

estabelecer a necessária **comprovação da culpa ou dolo por parte do órgão fiscalizador, quando pretender punir a pessoa natural.**

Contudo, o que se viu no início da vigência da Resolução CNSP nº 243, em especial nas decisões da SUSEP, em 1^a instância administrativa, foi o contrário, ou seja, a imposição da responsabilidade objetiva, uma vez que a Autarquia vinculava às práticas infracionais, que eventualmente ocorrem nas empresas supervisionadas, à autoria de diretores e supervisores de determinada área supostamente correlata. Ora, a simples posição funcional do diretor/supervisor não induz à presunção de que tenha ciência de todos os atos afetos à sua área de atuação.

Sobre o tema há que se reconhecer o equilíbrio trazido nas decisões do Conselho de Recursos (CRSNP) que, nesse sentido, reformou o entendimento existente nas decisões proferidas pela SUSEP, pugnando, primeiramente, o fundamental exame da existência da culpa ou dolo do agente acusado (responsabilidade subjetiva) nas práticas infratativas trazidas no PAS. Ato contínuo, observar-se o nexo de causalidade entre as práticas infratativas e os cargos e funções dos acusados, sendo, ainda, preponderante a verificação das ações adotadas pelo agente no sentido de poder afastar a prática infrativa.

Vale dizer que, nos últimos 2 (dois) anos, maior rigor passou a existir, de parte da Autarquia, na avaliação prévia da conduta do agente responsável para a instauração de processos sancionadores em face das pessoas naturais.

Como advogados, acreditamos que ilegalidades e/ou distorções existentes na norma de penalidades, em comento, sejam superadas através do saudável debate e embate jurídico entre as partes, durante o trâmite do PAS, culminando no amadurecimento do direito regulatório no Brasil, em especial, no que concerne na desnecessária instauração de processos sancionadores em casos de pouca relevância para o setor securitário, uma vez que foi a intenção do próprio legislador administrativo, fincada no art. 2º da Resolução CNSP nº 243/11, através do § 4º A, que menciona:

“O órgão encarregado pela instauração do processo sancionador poderá, emitindo decisão circunstaciada, deixar de instaurá-lo quando verificar que todas as consequências da conduta supostamente infracional já foram sanadas, não tendo sido verificado dano direto

a consumidor, nem mesmo provisório, e, simultaneamente, avaliar que a conduta não acarretou prejuízo ao atendimento dos objetivos da regulação setorial.”

De se mencionar, finalmente, que buscando a evolução e, no sentido de acompanhar outros mercados regulados, como o de capitais e valores mobiliários (CVM), o CNSP editou, em fevereiro do ano de 2017, a Circular SUSEP nº 547/17 que regulamenta o TCAC (Termo de Compromisso e de Ajustamento de Conduta) como forma singular e procedural, objetivando o alcance de um Acordo substitutivo na aplicabilidade de sanção no âmbito das atividades relacionadas aos mercados de seguros, capitalização, previdência complementar aberta, resseguros e corretagem de seguros.

Segurança no trânsito

Maria da Glória Faria¹

Resumo - Os últimos anos tem sido generosos na aprovação de leis e normas direcionadas a promover uma segurança maior no trânsito entre nós. E os resultados já se fazem sentir, ainda que lentamente. A começar pela Lei nº 9.503/1997 que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, recentemente acrescida pela Lei nº13.546/2017 de dispositivos para torná-la mais efetiva nos efeitos punitivos, agora aplicada em conjunto com o Código Penal. Ainda no mesmo sentido, a Resolução CONTRAN nº 706 de 25 de outubro de 2017 que garante a aplicabilidade aos artigos 254 e 255 do CTB para infrações cometidas por pedestres e ciclistas.

Abstract - The past few years have been generous in the approval of laws and norms towards the promotion of a higher safety in traffic amongst us. And the results, though slowly, can already been seen. Firstly with the Law nº 9,503 of 1997, which instituted the Brazilian Traffic Code, recently improved by the Law nº 13,546 of 2017, with provisions in order to make said law more effective in its punishing dispositions and now applied together with the Criminal Code. Still, in the same direction, the CONTRAN Resolution nº 06 of October, 25th, 2017 that ensures the applicability to the articles 254 and 255 of the Brazilian Traffic Code regarding infractions carried out by pedestrians and cyclists.

Palavras chave – Segurança, trânsito, Internet das Coisas, Inteligência Artificial, motorista, veículo, auto de infração.

Keywords – Safety, traffic, Internet of Things, Artificial Intelligence, conductor, vehicle, notice of violation.

1 - Advogada, com mestrado ‘lato sensu’ em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, IAG Master em Seguro da PUC-RJ. É Presidente do Conselho da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Seção Brasil, período 2016/2018 e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Seção Brasil. Consultora Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

Comentários

Em 2017, saímos do 4º lugar na estatística mundial sobre mortes no trânsito (nímeros absolutos) em que estávamos em 2015, para ceder a posição à Rússia, e baixarmos para a 5ª posição. Não só entre nós mas, mundialmente, os acidentes de trânsito são a primeira causa de morte de indivíduos entre 15 e 29 anos de idade, segundo a Organização Mundial da Saúde. O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) já completou duas décadas e desde a edição da Lei nº 9.503, em 23 de setembro de 1997, o texto original teve 33 alterações, além de outras 700 resoluções para regulamentar temas por ele tratados. No mesmo período, desde 1º de janeiro de 1998 até o final de 2017, estudo feito pelo Observatório Nacional de Segurança Viária (ONSV) contabiliza gastos anuais de R\$ 36 bilhões com acidentes de trânsito.

De acordo com dados do Ministério da Saúde, morreram 662.219 pessoas de 1998 a 2015 em decorrência dos acidentes de trânsito. O maior número de vítimas fatais é composto por pedestres e motociclistas, sobretudo nos últimos 10 anos, em que muito aumentou o número de motocicletas.

Não sem razão, a preocupação do legislador brasileiro tem se voltado não apenas para o comportamento dos condutores, mas também para o comportamento dos pedestres e ciclistas. Também a indústria automobilística vem merecendo uma atenção especial, tendo, nos dois últimos anos, sido aprovadas várias resoluções normativas dos órgãos reguladores e fiscalizadores de trânsito – CONTRAN, DENATRAN e DETRANS – que criaram inclusão obrigatória e controle de partes, peças e acessórios para automóveis e motocicletas.

Em virtude dos avanços tecnológicos e da presença cada vez maior da Inteligência das Coisas (IoT) e da Inteligência Artificial (IA) em componentes e acessórios cada vez mais complexos e sofisticados, fabricantes e montadoras passaram a observar a adoção de itens obrigatórios de segurança, peças e acessórios conforme disposto nas novas normas. Tendo como pano de fundo as inovações na área da comunicação, da interação e do desenvolvimento de veículos, que trouxeram novas possibilidades de monitoramento da sinalização de vias e de outras circunstâncias inclusive efeitos de acidentes ambientais, em tempo real, a vigilância e o controle estão, a cada dia, mais eficazes.

Legislação e Regulamentação

O comportamento do condutor de veículo já havia recebido um tratamento mais rígido na Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 (Código Nacional de Trânsito) inclusive com o enquadramento de crimes de trânsito. Entretanto, as recentes alterações introduzidas pela Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017, vieram permitir a aplicação de penas bem mais severas, inclusive de reclusão, de até 08 anos, para crimes cometidos na direção de veículos automotores. Ainda, com agravamento sensível, quando tais crimes ocorrem com o condutor sob a influência de álcool, situação em que são aplicáveis as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal.

“Lei 13.546 de 19 de Dezembro de 2017:

Altera dispositivos da Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores.”

“Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74,76 e 88 da Lei nº 9.099 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I – sob influência de álcool ou qualquer substância psicoativa que determine dependência;

.....

§ 4º O juiz fixará pena-base segundo as diretrizes previstas no art. 59 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) (NR)

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas- detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

.....

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob influência de álcool ou qualquer substância psicoativa que determine dependência;

Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do

§ 1º do art. 302. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.546, de 2017).

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima. (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017)”

Mas, não só os condutores de veículos estão, agora, submetidos a novas penalidades. Regulamentando os artigos 254 e 255 do Código de Trânsito Brasileiro, que sempre enfrentaram impossibilidades de aplicação, a Resolução CONTRAN Nº 706 de 25 de outubro de 2017 (vigorando desde abril de 2018) veio trazer-lhes aplicabilidade e eficácia com a previsão da autuação de pedestres e ciclistas que tenham infringido suas disposições.

“Art. 254. É proibido ao pedestre:

I - permanecer ou andar nas pistas de rolamento, exceto para cruzá-las onde for permitido;

II - cruzar pistas de rolamento nos viadutos, pontes, ou túneis, salvo onde exista permissão;

III - atravessar a via dentro das áreas de cruzamento, salvo quando houver sinalização para esse fim;

IV - utilizar-se da via em agrupamentos capazes de perturbar o trânsito, ou para a prática de qualquer folguedo, esporte, desfiles e similares, salvo em casos especiais e com a devida licença da autoridade competente;

V - andar fora da faixa própria, passarela, passagem aérea ou subterrânea;

VI - desobedecer à sinalização de trânsito específica:

Infração - leve; Penalidade - multa, em 50% (cinquenta por cento) do valor da infração de natureza leve.”

“Art. 255. Conduzir bicicleta em passeios onde não seja permitida a circulação desta, ou de forma agressiva, em desacordo com o disposto no parágrafo único do art. 59:

Infração - média;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - remoção da bicicleta, mediante recibo para o pagamento da multa.”

Em resumo, o pedestre poderá ser multado no valor de R\$ 44,19 caso:

- Permaneça ou andar nas pistas de rolamento exceto para cruzá-las onde assim for permitido;

- Cruze pistas de rolamento nos viadutos, pontes ou túneis, salvo onde exista permissão;

- *Atravesse a via dentro das áreas de cruzamento; salvo onde houver sinalização permitindo;*
- *Utilize-se de via em agrupamentos capazes de perturbar o trânsito, ou para a prática de qualquer folguedo, esporte, desfiles e similares, salvo em casos especiais e com a devida licença da autoridade competente;*
- *Ande fora da faixa própria, passarela, passagem aérea ou subterrânea;*
- *Desobedeça à sinalização de trânsito específica.*

Quanto ao ciclista, este deverá:

- *seguir na lateral da pista de rolamento dos veículos quando não houver ciclovia,*
- *conduzir no sentido dos veículos*
- *desmontar da bicicleta para andar na calçada*

Ainda quanto ao ciclista, aquele que circular em área não permitida ou conduzir de forma agressiva poderá ser multado e ter sua bicicleta removida. As multas de R\$ 130,16 para a infração de gravidade média podem ser cumuladas com a apreensão do veículo.

A Resolução nº 706/17, que dispõe sobre a padronização dos procedimentos administrativos da lavratura do auto de infração, na expedição de notificação de autuação e de notificação de penalidades por infrações de responsabilidade de pedestres e de ciclistas expressamente mencionadas no CTB, permitirá que, assim como ocorre no caso de multas por infração de trânsito, sejam feitas as cobranças das penalidades pecuniárias por via postal e mesmo por meio eletrônico.

“Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre o procedimento de autuação referente às infrações de responsabilidade de pedestres e de ciclistas expressamente mencionadas nos casos previstos nos artigos 254 e 255, do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.”

“Art. 2º Constatada a infração pela autoridade de trânsito ou por seu agente será lavrado o Auto de Infração na forma definida nesta Resolução.

§ 1º O auto de infração de que trata o caput deste artigo será lavrado pela autoridade de trânsito ou por seu agente:

I – por anotação em documento próprio; ou

II – por registro em talão eletrônico, atendido o procedimento definido pelo órgão máximo executivo de trânsito da União.

§ 2º O órgão ou entidade de trânsito, sempre que possível, deverá imprimir o Auto de Infração de Trânsito elaborado nas formas previstas no inciso II do parágrafo anterior para início do processo administrativo previsto no Capítulo XVIII do CTB, sendo dispensada a assinatura da Autoridade ou de seu agente.

§ 3º O infrator será obrigatoriamente identificado no auto de infração, mediante abordagem, na qual serão inseridos o nome completo, documento de identificação previsto na legislação vigente e, quando possível, o endereço e a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas-CPF, para os fins de que trata a presente Resolução.

§ 4º Para lavratura do auto de infração, serão lançadas as informações disponíveis da bicicleta, aplicando-se, no que couber o disposto no artigo 280 do CTB.”

“Art. 3º Os órgãos e entidades de trânsito implementarão o modelo de auto de infração, no âmbito de suas respectivas competências e circunscrição, na forma do Anexo, observado o disposto nesta Resolução, não se aplicando o disposto nas Resoluções CONTRAN nº 217, de 14 de dezembro de 2006 e nº 637, de 30 de novembro de 2016.”

É interessante, ainda, notar a possibilidade criada para que, conforme determina o parágrafo único do Art. 4º, o infrator possa ser notificado por meio eletrônico.

“Art. 4º Os procedimentos de notificação da autuação e penalidade, assim como de defesa da autuação e recurso administrativo oriundos das infrações que trata esta Resolução obedecerão, no que couber, ao disposto nas Resoluções CONTRAN nº 299, de 04 de dezembro de 2008, nº 390, de 11 de agosto de 2011, e nº 619, de 06 de setembro de 2016, e sucedâneas.

Parágrafo único. O infrator, quando habilitado, poderá ser notificado por meio eletrônico, na forma da legislação vigente.”

Por fim, mas não menos importante, o artigo 5º, que deixa claro que o infrator a quem tenha sido aplicada penalidade de multa não se exime, com o pagamento desta, das consequências de eventuais responsabilidades civil e penal.

“Art. 5º A aplicação da penalidade de multa previstas nos artigos 254 e 255 do CTB não exime o infrator das responsabilidades civil e penal que der causa.”

Conclusão

Tanto os novos dispositivos do CTB, que preveem penas até de reclusão, como as que incidem nos crimes de trânsito praticados sob a influência de álcool – ou outras substâncias psicoativas –, como a Resolução CONTRAN nº 706/17, só terão plena eficácia caso a fiscalização por meio das autoridades e órgãos competentes seja, também, plenamente exercida. Foi assim com o uso do cinto de segurança, com a “Lei Seca” e outras que vingaram pela estrita exigência que acompanhou sua aprovação e entrada em vigor.

Fatores culturais influenciam o comportamento do cidadão comum e sabe-se que são de longa mudança e, para tanto, necessitam de um processo de conscientização e, repete-se, rígida cobrança para que tenham uma transição menos lenta e mais efetiva.

É isso que se espera das novas normas de trânsito!

Jurisprudência Comentada





Comentários a voto do Ministro Ricardo Cueva, no REsp nº 1.665.701, sobre excludente do risco da embriaguez e agravamento de risco no seguro de vida

Ricardo Bechara Santos¹

EMENTA: RECURSO ESPECIAL Nº 1.665.701 - RS (2016/0309392-5). RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA. RECURSO ESPECIAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO OCORRÊNCIA. SEGURO DE VIDA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CAUSA DO SINISTRO. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. MORTE ACIDENTAL. AGRAVAMENTO DO RISCO. DESCARACTERIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR DA SEGURADORA. ESPÉCIE SECURITÁRIA. COBERTURA AMPLA. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. ABUSIVIDADE. SEGURO DE AUTOMÓVEL. TRATAMENTO DIVERSO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é devida indenização securitária decorrente de contrato de seguro de vida quando o acidente que vitimou o segurado decorreu de seu estado de embriaguez. 2. No contrato de seguro, em geral, conforme a sua modalidade, é feita a enumeração dos riscos excluídos no lugar da enumeração dos riscos garantidos, o que delimita o dever de indenizar da seguradora. 3. As diferentes espécies de seguros são reguladas pelas cláusulas das respectivas apólices, que, para serem idôneas, não devem contrariar disposições legais nem a finalidade do contrato. 4. O ente segurador não pode ser obrigado a incluir na cobertura securitária todos os riscos de uma mesma natureza, já que deve possuir liberdade para oferecer diversos produtos oriundos de estudos técnicos, pois quanto maior a periculosidade

1 - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro da Associação Internacional do Direito de Seguros – AIDA Brasil. Autor das obras “Direito de Seguro no Cotidiano” e “Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria”. Coautor de diversas obras. Consultor Jurídico da CNseg.

do risco, maior será o valor do prêmio. 5. É lícita, no contrato de seguro de automóvel, a cláusula que prevê a exclusão de cobertura securitária para o acidente de trânsito (sinistro) advindo da embriaguez do segurado que, alcoolizado, assumiu a direção do veículo. Configuração do agravamento essencial do risco contratado, a afastar a indenização securitária. Precedente da Terceira Turma. 6. No contrato de seguro de vida, ocorrendo o sinistro morte do segurado e inexistente a má-fé dele (a exemplo da sonegação de informações sobre eventual estado de saúde precário - doenças preexistentes - quando do preenchimento do questionário de risco) ou o suicídio no prazo de carência, a indenização securitária deve ser paga ao beneficiário, visto que a cobertura neste ramo é ampla. 7. No seguro de vida, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas (Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007). 8. As cláusulas restritivas do dever de indenizar no contrato de seguro de vida são mais raras, visto que não podem esvaziar a finalidade do contrato, sendo da essência do seguro de vida um permanente e contínuo agravamento do risco segurado. 9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrade e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (Data do Julgamento) Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA Relator.”

Oportuno comentar a recente decisão do STJ no REsp nº 1.665.701, conforme ementa acima, em que foi Relator o ínclito Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, cujo voto condutor – *data maxima venia* equivocado, até porque na contramão de precedentes da própria Corte – nega validade de cláusula excludente do risco da embriaguez do segurado na condução de veículo automotor inadmitindo sejam aplicadas aos seguros de vida as regras de agravamento de risco estabelecidas no artigo 768 do Código Civil, em que pese tal dispositivo estar alocado nas disposições gerais do Capítulo que regula o contrato de seguro, por isso aplicável tanto aos seguros de dano quanto aos de pessoa tratados nas seções seguintes, preferindo o eminentíssimo relator se orientar por simples Carta-Circular da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, norma infra legal interna sequer publicada no Diário Oficial. Referimo-nos à *Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB N° 08 de 2007*.

Cabe de pronto dizer, com todas as vêrias, que a decisão em comento é manifestamente contrária ao Direito do Seguro, nomeadamente ao disposto no citado artigo 768 do Código Civil (*impõe a perda da garantia do seguro em caso de agravamento do risco*), bem assim ao disposto no seu artigo 757, segundo o qual a seguradora somente responde pelos riscos delimitados no contrato, cuja cláusula excludente expressa do risco da embriaguez tem plena validade, posto que em harmonia com o próprio Código de Defesa do Consumidor, que admite cláusulas restritivas ao direito do consumidor desde que postas no contrato com clareza e fácil compreensão – *tal como normalmente sucede, pois as sociedades seguradoras foram as primeiras a reconhecer que suas atividades se submetem ao CDC* –, sabido que a exclusão do risco da embriaguez é válida em qualquer modalidade de seguro, seja de dano ou de pessoa, como se verá passos mais adiante, não carregando qualquer mácula de abusividade, muito pelo contrário. Eis que tem sido entendimento copioso do próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que a abusividade não basta ser alegada, há de ser cabalmente comprovada. Confirase, por exemplo, com a decisão unânime proferida no REsp nº 1.216.673-SP (2010/0184273-9) de junho de 2011, de relatoria do eminentíssimo Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgando improcedente ação civil pública em que se pretendia taxar de abusiva cláusula de contrato de seguro sem se dar ao trabalho de demonstrar a ilicitude. E dentre os fundamentos da decisão, um deles foi justamente o de que “*não pode o juiz, com base no CDC determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos consumidores ou agido de maneira a neles incutir falsas expectativas. Deve ser utilizada a técnica do ‘diálogo das fontes’ para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico...*” No caso, entre o CC e o CDC. E a carta-circular na qual se baseara a decisão recorrida, não tem estatura suficiente para validamente dialogar com os referidos diplomas legais para negar-lhes vigência.

Acresça-se que o próprio CDC admite cláusulas restritivas ao direito do consumidor (art. 54, § 4º), salvo se abusivas. E abusiva não é, absolutamente, a cláusula excludente do risco da

embriaguez, em qualquer modalidade de seguro, mesmo a despeito de uma carta-circular da SUSEP, posto que, como dito, destituída de qualquer validade jurídica. Até porque, consoante o artigo 51 do CDC: **(I)** não coloca o consumidor em desvantagem exagerada; **(II)** não é incompatível com a boa-fé ou a equidade; **(III)** não ofende princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; **(IV)** não restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual; **(V)** não é excessivamente onerosa para o consumidor considerando a natureza e conteúdo do contrato ou o interesse das partes e da operação securitária. Pelo contrário, protege os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence e que tem por base a mutualidade, onde o coletivo se sobrepõe ao individual.

Oportuno transcrever, a propósito, trecho do acórdão do TJSP, da lavra do eminente Desembargador MENDES GOMES, na Apelação Cível nº 1066645, extraído da obra de RICARDO BECHARA SANTOS (Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria, Forense, Rio 2^a edição), versando a validade de cláusulas limitativas no contrato de seguro, em especial a que exclui o risco da embriaguez: “É que o seguro tem por apanágio, por característica mesma, a delimitação do risco no contrato, pois é com base nos riscos ali expressamente delimitados como cobertos e não cobertos que o segurador pode calcular a taxa do prêmio e dimensionar a sua responsabilidade, por isso o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, § 4º, admite as cláusulas limitativas ou restritivas do direito do consumidor, *desde que redigidas com destaque e permitindo sua imediata e fácil compreensão. Desde que não se trate, portanto, de uma cláusula abusiva, o que de modo algum ocorreria no caso, até porque a exclusão em causa está em plena sintonia com a lei e com a sociedade que repreendem e recriminam a embriaguez no volante. (...) Em suma, dirigir embriagado seria caso típico de agravamento intencional do risco, subjetiva e objetivamente, extrapolando, assim, os limites do risco predeterminado na apólice, por isso também um caso expressamente não coberto*”.

Com todo respeito ao voto condutor do preclaro Ministro Relator e aos demais integrantes da Corte, a decisão em comento merece ser revista e modificada em devida oportunidade, porque peca, *data magna rênua*, na parte em que não reconheceu a aplicabilidade das

regras de agravamento do risco ao seguro de pessoa, na medida em que pautou sua razão de decidir em mera Carta-Circular da Superintendência de Seguros Privados (*Carta-Circular SUSEP/DETEC/GAB Nº 08 de 2007*) que, inadvertidamente, permita-se também aqui vênia, proibiu a excludente do risco da ebriedade nos seguros de vida, em verdadeira afronta ao disposto no artigo 768 do Código Civil. É sabido que dita Carta-Circular, ato normativo infralegal não publicado no DOU – por isso em desacordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – nova denominação da Lei de Introdução ao Código Civil (*Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*) –, que logo no pórtico de seu artigo 1º estabelece que “*Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada*”. A publicação, pois, é condição inarredável para a validade de qualquer norma, inclusive de uma simples carta-circular (*os atos normativos infralegais com regular publicação no âmbito da SUSEP, são as suas Circulares, Resoluções do CNSP e Portarias*), destituída de qualquer efeito vinculante tanto que sequer publicada. Tal não bastasse, ainda que formalmente válida, não poderia ela, de modo algum, se sobrepor ao Código Civil.

Vale lembrar que no RECURSO ESPECIAL Nº 1.546.163 - GO (2014/0270914-7), o mesmo Relator do caso presente desconsiderou uma Circular da SUSEP (*Circular nº 145/00, artigo 3º de seu anexo I*), ato normativo regularmente publicado, que autorizava a seguradora a indenizar o segurado pelo valor apurado na data do pagamento da indenização (liquidação do sinistro) – como também autoriza a vigente Circular nº 269/04 –, em caso de perda total, que destoava do artigo 781 do CC, segundo o qual o valor do prejuízo deve ser o da data do sinistro. *A fortiori*, deveria também, em homenagem à coerência e sob pena de contradição, desconsiderar uma mera carta-circular não publicada, sem força normativa vinculante, que contraria o artigo 768 do CC.

Ora bem, o legislador civil pátrio, ao escrever o já citado artigo 757, adotou o **conceito unitário** do contrato de seguro, destinando-o tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa. E ao disciplinar o agravamento do risco no seu artigo 768, fê-lo de modo a que as regras de agravamento se apliquem tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa (*vida e acidentes pessoais*), tanto assim que dito dispositivo vem alocado na Seção das Disposições Gerais do Capítulo do Código que disciplina, em

três seções, o contrato de seguro, tratando as seções seguintes, respectivamente, dos seguros de dano e dos seguros de pessoa. E ao assim fazê-lo, é dizer, ao fincar as regras de agravamento do risco na Seção das Disposições Gerais, outro propósito não teve o legislador senão o de que o artigo 768, e demais insertos nessa Seção, se destinam tanto aos seguros de dano quanto aos de pessoa. Do contrário, por óbvio, tê-lo-ia inserido na seção dos seguros de dano.

A esse tópico, oportuno trazer à colação, mais uma vez, as equilibradas observações do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em palestra proferida sobre o tema, *in verbis*: “*O juiz precisa ter sensibilidade social, mas também responsabilidade com os agentes econômicos, pois todo desequilíbrio contratual penaliza, em última instância, o consumidor?*”.

No caso dos autos, trata-se de embriaguez comprovada do próprio segurado, na condução do veículo, e não de uma embriaguez havida, por exemplo, em ambiente outro (*em casa, no clube etc.*) que, aí sim, a excludente não poderia ser considerada, já que não representaria ilícito, ao contrário do que sucede no crime da embriaguez ao volante, crime de perigo concreto, doloso, que põe em risco a incolumidade das pessoas (*aí incluindo a do próprio segurado*) e das coisas. E se a embriaguez ao volante, como se verá, é conduta que caracteriza dolo, culpa grave ou culpa consciente, o segurado, nesse estado, perde o direito à garantia, em qualquer modalidade de seguro, valendo a expressão “*mal que dá em Chico dá em Francisco*”, não sendo curial dois pesos e duas medidas em tema de agravamento de risco, decorrente de ilícito penal grave do segurado, que expõe a sério risco sua própria incolumidade e a de terceiros.

Colhe-se do próprio bojo do acórdão em comento, a ratificação da validade da cláusula excludente no seguro de auto e, principalmente, a presunção do agravamento do risco, cabendo ao segurado ou ao beneficiário a comprovação da ausência do nexo de causalidade, que no caso não se logrou contraditar. Igual presunção se aplica aos seguros de pessoa, que não podem nem devem estar completamente arredados das regras de agravamento de risco. Só que, surpreendente e contraditoriamente, não foram tais lições estendidas, como deveria, ao seguro de vida contratado.

Em nosso entender, o argumento utilizado na decisão em estudo, de que o agravamento do risco não se aplica aos seguros de pessoa porque estes têm cobertura mais ampla, não pode nem deve prevalecer, considerando que a maior amplitude dessas coberturas não chega ao ponto de invalidar a excludente do risco da embriaguez, muito menos de tornar letra morta o dispositivo do Código Civil que determina a perda da garantia, é dizer, do próprio seguro (*artigo 768*), tampouco alforriar o segurado e ou seus beneficiários, dos efeitos dessa excludente quando o seu fato gerador for um ato da gravidade e dimensão do crime de perigo concreto, ou abstrato, como tal caracterizado pela condução de veículo automotor em via pública em estado de embriaguez. O seguro de vida cobre muito, mas não cobre tudo.

Com efeito, reza o **artigo 768** do Código Civil, textualmente, que “*O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.*” Assim é que, ao estabelecer a intencionalidade como condição da configuração do agravamento e consequente perda do seguro, o legislador ali incluiu o *dolo* e a *culpa grave*, não apenas o *dolo* determinado, tanto que no art. 762 o legislador enfatizou o *dolo*, não adotando no artigo 768 a expressão “*agravar dolosamente o risco*”, valendo aqui, a propósito, trazer à colação os ensinamentos de SERGIO CAVALIERI FILHO: “*Tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado*” (*Programa de Responsabilidade Civil*, fls. 49/50).

Na lição, pois, do Professor CAVALIERI FILHO, o ato ilícito culposo é fruto de uma conduta intencional. Se não há intencionalidade no resultado, a intencionalidade estará presente na prática de ato culposo, comissivo ou omissivo.

Consultando os precedentes entendimentos do STJ, vale transcrever como amostra a ementa seguinte, que não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade das regras de agravamento de risco também para o seguro de vida:

EMENTA. SEGURO VIDA. EMBRIAGUEZ. A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva. Que o risco, nesse caso, é agravado resulta do senso comum, retratado no dito “se beber não dirija, se dirigir não beba”. Recurso Especial não conhecido. DECISÃO UNÂNIME DA TERCEIRA TURMA do STJ. COMPOSIÇÃO: Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator, MINISTRO ARI PARGENDLER. Data do julgamento: 26 de agosto de 2008 (RESP. 973.725).

Note-se que a decisão acima transcrita tem como pano de fundo um seguro de vida, como no presente caso. A base de sustentação da decisão é justamente o agravamento do risco previsto no artigo 768 do Código Civil, aplicável tanto aos seguros de pessoa quanto aos seguros de dano, já que alocado nas disposições gerais (Seção I) do capítulo do Código que regula o contrato de seguro, direcionadas, portanto, às Seções seguintes que tratam dos seguros de dano e de pessoa, vale sempre repetir.

Pedimos vênia para transcrever recente decisão do próprio STJ, de relatoria do Eminentíssimo Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, que também dá conta de reconhecimento da aplicação das regras de agravamento de risco aos contratos de seguro de vida:

“AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.386-SC (2014/0099700-0). RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

AGRAVANTE: FERNANDO GUEDES DE OLIVEIRA.

ADVOGADO: LUIS GUEDES DE OLIVEIRA E OUTRO(S).

AGRAVADO: LIBERTY SEGUROS S/A.

ADVOGADO: MÁRCIO ALEXANDRE MALFATTI E OUTRO(S)

INTERESSADA: LIBERTY SEGUROS S/A.

.....

Trata-se de agravo interposto por FERNANDO GUEDES DE OLIVEIRA contra decisão de fls. 409/419, que negou provimento ao recurso especial nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL PROCESSUAL CIVIL (CPC/73). AÇÃO DE COBRANÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÉNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO PREPARO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.^o 7/STJ. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. CONDIÇÃO DETERMINANTE DO ACIDENTE. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N^º 7/STJ. LIMITAÇÃO DE COBERTURA. RESTRIÇÃO DE DIREITOS. CLÁUSULA EFICAZ.

1. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/73, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. Na espécie, o Tribunal a quo afastou a alegação de deserção do recurso de apelação interposto pela parte ora recorrida. Nesse contexto, alterar tal conclusão, significa adentrar no contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice do Enunciado n.^o 7/STJ.
3. A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro.
4. Tendo as instâncias ordinárias, reconhecido que a causa determinante do acidente foi o estado de embriaguez do segurado, a pretensão recursal, em sentido contrário, esbarra necessariamente nos óbices do Enunciado n.^o7/STJ.
5. A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que, nos contratos de adesão, consoante o art. 54, § 4º, do CDC, a cláusula restritiva a direito do consumidor, para ser exigível, deverá ser redigida com destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão.
6. Recurso Especial desprovido.” (O grifo não é do original).

Oportuno assinalar que, por via de interpretação sistemática do Código Civil, em seu sistema de vasos comunicantes, o legislador,

ao editar o artigo 799, segundo o qual “*o segurador não pode eximir-se ao pagamento do capital segurado, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem*”, estabeleceu uma limitação taxativa do risco nos seguros de pessoa, relacionando as hipóteses em que o segurador não pode negar cobertura. Com isso, não eliminou hipóteses de agravamento do art. 768 do mesmo Código para o seguro de vida (*roleta russa, pega e outros atos perigosos ilícitos e intencionais sem justificada necessidade, dentre os quais a condução de veículo automotor em estado de embriaguez crime a que o legislador vem punindo cada vez com mais severidade, vis-a-vis a recente Lei nº 13.546/17 que altera o CTB*).

É de se reconhecer que desde a decisão atrás referida, unânime, da Terceira Turma do STJ, em 2008 (REsp nº 973.925), a Corte já sinalizava alteração no seu entendimento para admitir que a embriaguez seja de regra intencional, revertendo raciocínio anterior que partia da presunção de que só na *embriaguez preordenada (dolosa)* a recusa da seguradora poderia ter alento, já agora considerando que só na *embriaguez fortuita (por exemplo, o segurado que é forçado a embriagarse, ou cai accidentalmente num tonel de aguardente etc.)* a negativa não seria válida. Desde aí se pode dizer, a julgar pela própria ementa, que o STJ sinalizou para o reconhecimento da *causalidade remota*, na medida em que reconhece que basta o segurado estar embriagado na direção do veículo em via pública, para caracterizar a perda da garantia, tanto que se utilizou do slogan “*se beber não dirija, se dirigir não beba.*”

Nesse sentido, bem compreendeu a questão o TJSP, ao reconhecer que as regras de agravamento de risco também se aplicam aos seguros de vida, como se vê do acórdão exarado na Apelação Cível, com Revisão, nº 992.03.008095-8, julgada em 30/09/2009, de relatoria do eminentíssimo Desembargador LUÍS DE CARVALHO, cuja ementa adiante se transcreve:

“EMENTA: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - EMBRIAGUEZ COMPROVADA - EXISTÊNCIA DE NEXO COM O ACIDENTE QUE VITIMOU O SEGURADO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO IMPROVIDO. Comprovada a embriaguez do segurado, existe nexo com o acidente que o vitimou, sendo indevida qualquer indenização de natureza securitária”.

Do bojo desse acórdão se colhe: (I) a presunção do nexo de causalidade, com inversão do ônus da prova (*fls. 4/5/9 do decisum*); (II) desnecessidade de cláusula excludente do risco da embriaguez para caracterizar o agravamento de risco, que no caso torna irrelevante a existência ou não de ato normativo da SUSEP vedando-a (*fls. 5/6*); (III) distinção entre agravamento de risco e agravamento de sinistro (*fl. 7*), citando-se trecho do Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, segundo o qual “*a agravação dos riscos pode concernir tanto ao aumento da possibilidade da verificação do sinistro, como à extensão dos eventuais danos*” (em “*Curso de Direito Civil*”, 5º vol. *Direito das Obrigações*, 2ª parte, Saraiva, 29ª edição, p. 342); (IV) tipificação de crime de perigo concreto ou abstrato, como uma das mais graves infrações à lei de trânsito, bastando por isso mesmo o só fato da condução do veículo por pessoa em estado de embriaguez, como fator de exposição a sério risco da segurança do trânsito e das pessoas e coisas. Até porque, o agravamento considerado pelo artigo 768 do CC não é do dano em si, mas do risco. Como a embriaguez é em regra voluntária, é o *quantum satis* para configurar o agravamento intencional do risco.

Realmente, aquele que se sujeita de forma voluntária à perda ou redução de sua capacidade de discernimento, já sinalizou ou potencializou a intencionalidade de produzir danos, de criar todos os riscos, exatamente porque já se encontra em situação que não mais lhe será possível administrá-los.

Nessa linha, não seria equívoco supor que o Judiciário caminha para a *teoria da causalidade remota*, mitigando a *teoria da causalidade adequada*. Quer dizer, basta que o segurado esteja dirigindo embriagado (*praticando no caso crime de perigo concreto, que põe em risco a incolumidade das pessoas, inclusive a do próprio segurado, e das coisas, incluindo o próprio bem seguro*) para a caracterização do agravamento intencional do risco, isto é, basta que o segurado desatenda ao comando da lei penal que lhe veda imperativamente dirigir embriagado, para extrapolar os limites da delimitação objetiva e subjetiva do risco, que em última análise traduz o conceito de agravamento. A própria tipificação da condução de veículo automotor em via pública em estado de embriaguez como crime de perigo, induz, por si só, uma aproximação da *teoria da causalidade remota*, adotada no direito anglo saxão, senão para dispensar o nexo de causalidade, ao menos para presumi-lo.

Afinal, “*agravar o risco*” não é o mesmo que “*agravar o sinistro*”. O **risco** é a possibilidade ou potencialidade de ocorrer o evento futuro, incerto, temido e capaz de alterar, para pior, situação pessoal (*seguros de pessoa*) ou material/patrimonial (*seguros de dano*) do segurado; enquanto o **sinistro** é a materialização da expectativa desse evento, que pode ou não ocorrer, daí a natureza aleatória do contrato de seguro. Em outras palavras, o risco é o sinistro em potência, o sinistro o risco em ato. Agravamento do risco e agravamento do sinistro são tratados diferentemente pelo Código Civil: o *agravamento do risco* nos artigos 768 e 769; o *agravamento do sinistro* no art. 779.

Dirigir embriagado é, sem dúvida, um dos mais eloquentes exemplos de agravamento de risco, cuja consequência se aplica tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa. Por isso o entendimento do STJ e da melhor jurisprudência tem evoluído para deixar claro que dirigir embriagado importa na perda da garantia e, não adotar igual raciocínio aos seguros de pessoa, traduziria incompreensível involução, *data magna vénia*.

Vale enfatizar, à exaustão, que ato normativo infralegal algum, muito menos uma simples Carta-circular sem qualquer efeito vinculante, pode excluir da aplicação das regras de agravação os seguros sobre a vida ou integridade física, sabido que a estrutura técnica de qualquer seguro tem base idêntica, não se justificando tratamento diferenciado a ponto de se excluir a regra da agravamento. Agravamentos naturais, como idade, enfermidade, insolvência, posteriores à conclusão do contrato, são ordinários, integrando a natureza do risco, daí porque naturalmente insuscetíveis de comunicação ao segurador. Mas casos há, fora da caixa, ou fora dessa naturalidade, que precisam ser considerados, dos quais é exemplo a embriaguez no volante.

O segurado, como se destacou no voto do eminentíssimo Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, no REsp nº 1.485.717, deve se portar como se não tivesse seguro, “*devendo abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoadamente, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a terceiro que queira dirigir embriagado, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade*”. Não há como se excluir validamente dessa regra os seguros de pessoa.

Certo de que o princípio da boa-fé objetiva é peculiaridade fundamental de qualquer contrato de seguro, foi também possível

concluir, no julgado logo acima mencionado, que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo, frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do contrato, pois se rompe com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação. Máxime diante das características próprias do seguro, em que a mutualidade é pedra angular e fundamental tanto para os seguros de dano quanto para os de pessoa, e, à luz dos fundamentos do contrato de seguro, seja ele qual for, impõe-se a presunção de que o risco foi agravado e do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro, salvo se demonstrado que o sinistro ocorreria independentemente do estado de embriaguez (*como culpa exclusiva de outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros*).

Seguro, afinal, é coletividade, solidariedade com técnica, prevalência do coletivo sobre o individual, por isso *não agravar risco* é dever de todos os integrantes dessa mutualidade, não podendo ficar de fora desse fundamental dever de lealdade e de fidelidade, os integrantes da coletividade de segurados cobertos por seguros de pessoa, sob pena de violação do mais fundamental de todos os princípios constitucionais, o da *isonomia*, tanto que inserido no *caput* do artigo 5º da Carta Maior, inaugurando e comandando o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Aliás, era de se esperar que a decisão ora hostilizada guardasse, como deveria, mas não o fez, estreita conexão com a recente *Súmula 575 do STJ*, cujo enunciado estabelece que “*constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo*”.

A Corte, assim, uniformizou o entendimento de que é crime de perigo concreto ou abstrato o simples fato de permitir, confiar ou entregar veículo a pessoa não habilitada, embriagada ou drogada no momento do sinistro, reforçando também a tese do agravamento intencional do risco conforme o citado artigo 768 do CC e a presunção do nexo causal. Quanto mais no caso em que o próprio segurado é quem se encontra na prática do crime de perigo concreto, conduzindo ele próprio o veículo em estado de embriaguez.

Para melhor visualização, vale transcrever, por suas conexidades, não só o artigo 310 do CTB, como também o seu artigo 306 os

quais não deixam sombra de dúvida quanto à gravidade da infração penal e suas consequências:

“Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

A embriaguez por si só, independentemente de o motorista oferecer risco efetivo para os usuários da via pública, é passível de severa punição, inclusive com a perda da garantia do seguro em face do agravamento intencional do risco caracterizando dolo e culpa grave (*CC, artigo 768*).

Esse entendimento foi reafirmado pela sexta turma do STJ (*REsp nº 1.582.413*). Tanto para o STJ quanto para o STF o crime de embriaguez ao volante é um crime de perigo abstrato, ou seja, não se faz necessário demonstrar o efetivo risco de dano. Segundo o relator do caso (Ministro Rogerio Schietti Cruz) “*a simples condução de automóvel, em via pública, com a concentração de álcool igual ou superior a 6 dg por litro de sangue, aferida por meio de etilômetro, configura o delito previsto no artigo 306 do CTB*”.

Nesse sentido: (1) STJ. 3^a Seção. REsp 1.485.830-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/3/2015 (recurso repetitivo) (Info 563); (2) STJ. 6^a Turma. REsp 1.468.099-MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/3/2015 (Info 559).

Ora bem, se o simples fato de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa inabilitada, a ponto de caracterizar o agravamento intencional do risco, que nos termos

do artigo 768 do CC determina a perda da garantia, por mais forte razão ainda se o próprio segurado estiver embriagado ou drogado na condição do veículo. Nessas condições, se o veículo for conduzido por pessoa embriagada ou drogada, a cláusula excludente de sinistros assim ocorridos ganha ainda mais evidência e robustez nos contratos de seguro de qualquer espécie, de dano ou de pessoa.

Posto assim, o segurado que se põe na conduta criminosa e fortemente reprovável da condução do veículo, vindo a se envolver em acidente estando alcoolizado, como sucedeu no caso julgado, sujeita-se à perda da garantia do seguro; é dizer, do próprio seguro e não apenas do direito à indenização ou capital segurado. É que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece um dever, mais que isso uma obrigação, imposta a todas as pessoas com problemas psíquicos ou físicos, embriagadas ou drogadas, de não dirigir sob ação do álcool ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições.

A doutrina tem sido decisiva para o convencimento do julgador na sempre esperada reversão de orientação, tanto que, dentre outros textos doutrinários produzidos nas oficinas de trabalho dos Grupos Temáticos da AIDA-Brasil podem ser citados os textos de FERNANDES, Marcus Frederico B. e CUNHA, Lucas Renaut, com o tema “*Símpressão de Cobertura Securitária x Motorista Sob Influência de Álcool*, In “Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro”, organizado por CARLINI, Angélica e SARAIVA NETO, Pery, ali mostrando que “é certo que todo consumo de álcool é feito com o deliberado propósito de submeter-se a seus efeitos, ciente [o motorista], inclusive, de que isto alterará a sua própria capacidade de conduzir veículos automotores, distanciando-o da aptidão que tem o homem comum, a qual justamente fora utilizada pelo segurador para mensurar riscos e fixar os prêmios”.

Muito acertada tem sido as mais recentes decisões judiciais, inclusive da própria Terceira Turma do STJ (REsp 1.485.717, *vg*), não só por concluir pela inafastabilidade da culpa grave do condutor e consequente perda da garantia securitária por agravamento intencional do risco, como também ao aplicar o “princípio do absenteísmo”, que emana da conjugação das regras dos artigos 762 (*nulidade do contrato de seguro por dolo*) e 768 do Código Civil, quanto à vedação de qualquer conduta agravadora do risco. Também por

essa razão, a decisão objeto destes comentários (*REsp nº 1.665.701*) merece, por coerência, ser revista.

Oportuno lembrar decisão recente do STJ, de relatoria da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, exarada no *REsp nº 1.441.620*, marcando evolução da jurisprudência no sentido de reconhecer validade da cláusula excludente dos riscos da embriaguez também na garantia de RCF - *Responsabilidade Civil Facultava* - bem assim da aplicação das regras de agravamento do risco nos termos do artigo 768 do CC, se o dano que o segurado causar ao terceiro decorrer da condução do veículo estando o condutor em estado de embriaguez. É dizer, mesmo em seguro que cobre a responsabilidade civil do segurado (*mas não ao ponto de esta responsabilidade decorrer de dolo eventual, culpa grave ou culpa consciente, que são riscos expressamente excluídos também no seguro de RCF*), raciocínio que também se aplica aos seguros de pessoa. Porque não? Ponderou a ministra que: *“Ainda que não haja intenção de agravar o risco por parte do segurado, há prática intencional de ato que leva despercebidamente ao mesmo resultado, uma vez que a conduta torna a realização do risco previsível. Comportar-se de maneira a agravar o risco, principalmente, quando o próprio contrato dispõe que tal comportamento importa na exclusão da cobertura, é violação manifesta ao princípio da boa-fé”*.

Mais uma vez, se vê uma decisão do STJ louvando-se em artigo e estudos de autoria de integrantes da AIDA-Brasil: no caso, em artigo de autoria das Doutoras ANGÉLICA CARLINI e MARIA DA GLORIA FARIA, publicado em obra coletiva organizada pelos professores BRUNO MIRAGEM e ANGÉLICA CARLINI. Artigo esse citado pela Ministra Justa na oportunidade em que ela se refere à necessidade de se conjugar os contratos de seguro com a proteção da sociedade.

A propósito, os Ministros da 2ª turma do STF na sessão do dia 1º/12/15, em sede de *Habeas Corpus* (HC 127774), proferiram decisão unânime que ilustra e reforça a legitimidade da excludente do dolo eventual, culpa grave, ou culpa consciente, nos contratos de seguro, mantendo a classificação de homicídio doloso em acidente de trânsito, causado pelo condutor de uma camionete após a ingestão de bebida alcoólica. Vencido no STJ, o autor do dano, tentando afastar o dolo eventual com a desclassificação para homicídio culposo, no STF não teve melhor sorte, eis que o Relator do HC, o saudoso ministro TEORI ZAVASCKI, salientou em seu voto que *“a imputação de homicídio doloso na direção de veículo automotor supõe a evidência de que o acusado assume o risco pelo*

possível resultado danoso”, explicando que a dificuldade na especificação desses delitos costuma estar nos “*estreitos limites conceituais que ligam o dolo eventual, a culpa grave e a culpa consciente*”. Também a propósito, escreveu o eminente Desembargador SYLVIO CAPANEMA, em artigo sobre embriaguez para a Revista Jurídica de Seguros da CNseg - no contexto em que a culpa do segurado a princípio não exonera a seguradora nos seguros de responsabilidade civil facultativos (RCF) - que “*(...) há situações, entretanto, em que a culpa do autor do dano é de tal maneira grave (culpa grave) que se torna irmã siamesa do dolo, com ele se confundindo. É o que a doutrina penal chama de dolo eventual ou culpa consciente. Daí a razão de estabelecer o artigo 768 do Código Civil, que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”*”.

O STJ, aliás, põe o dolo e a culpa grave em um mesmo patamar para fins de aferição ou aplicação da responsabilidade civil, por exemplo, ao eximir aquele que dá carona, se não agiu com dolo ou culpa grave. É o que se extrai de sua Súmula nº 145, segundo a qual, “*no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave*”.

Avançando na trajetória evolutiva dos conhecimentos sobre seguro, as decisões do STJ (*por via obliqua do STF quando qualifica como crime de perigo a prática de dirigir embriagado*), no seu conjunto, vêm sinalizando o entendimento de se determinar a perda do direito à garantia do seguro, face ao agravamento do risco simplesmente pelo fato de o segurado se por, criminosamente, na condução da máquina perigosa em estado de embriaguez, e de forma presumidamente intencional, como intencional costuma ser em regra a própria embriaguez, senão para dispensar o nexo de causalidade, ao menos para presumi-lo.

Preleciona ISAAC HALPERIN, em seu “Contrato de Seguro”, pág. 217, que “*há agravamento do risco quando, posteriormente ao contrato, sobrevem, em relação às circunstâncias declaradas no momento de sua conclusão, uma mudança que aumenta a probabilidade ou a intensidade do risco assumido pelo segurador*”. (apud RICARDO BECHARA SANTOS, em “Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria”, Forense, Rio 2ª edição, páginas 107 e seguintes).

Sendo o seguro mutualismo por essência, só pode vingar diante do espírito comunitário daqueles que, integrando essa mutualidade, essa

coletividade, essa solidariedade, se unam no esforço conjunto para a superação do risco, pois de nada adiantaria a imposição da mais estrita boa-fé nas declarações no momento da conclusão do contrato, se fosse dado a cada um o direito de, posteriormente, alterar as condições do risco agravando a possibilidade de ocorrência de sinistros.

Em “O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro”, Editora Revista dos Tribunais, ERNESTO TZIRULNIK, FLÁVIO DE QUEIROZ CAVCALCANTI e AYRTON PIMENTEL, comentando o art. 768 do CC, manifestam, de certo modo, semelhante percepção, primeiro, ponderando que o agravamento intencional do risco durante a execução do contrato determina a perda da garantia face ao perecimento do interesse legítimo que é o objeto do contrato, já que o segurado, com tal comportamento, traiu o desejo de preservar o *status quo* do risco e fez perder a função social do contrato, já que ferido o princípio da boa-fé objetiva e rompido o equilíbrio entre as prestações; depois, porque mostraram a necessidade de se diferenciar a intenção de agravar o risco da prática intencional de ato que leva despercebidamente a essa agravação. Por isso, neste último caso a solução dependerá da gravidade ou intensidade dos efeitos gravosos do comportamento e da previsibilidade dos efeitos. Nada mais caracterizador dessa gravidade ou intensidade do que conduzir um veículo automotor, em via pública, embriagado.

Evidente que as pessoas sabem perfeitamente o perigo em que consiste dirigir alcoolizado, como também sabem que a embriaguez no volante foi elevada à categoria de crime de perigo pelo novo Código de Trânsito Brasileiro, razão pela qual a excludente da embriaguez, em qualquer modalidade de seguro, representa como que uma colaboração do setor de seguro para com as autoridades e, por conseguinte, com a sociedade, que tanto se preocupam e se debatem em domar esse flagelo que assola as estatísticas das causas de morte e invalidez decorrentes de acidente de trânsito, que mata e mutila no Brasil, por ano, mais do que pode matar ou mutilar em uma grande guerra, sabido que a guerra do trânsito é uma guerra não declarada, às vezes insidiosa, e sem heróis, onde o automóvel é o seu mais terrível antagonista.

Posto assim, a excludente do risco da embriaguez nas apólices de seguro, quer de automóvel, quer de acidentes pessoais, quer de vida,

representa um desestímulo a mais àqueles que pretendam se arvorar no comando da máquina mais perigosa do planeta em estado de ebriedade, sabido que o álcool retira do indivíduo os reflexos e os torna audaciosos e, por conseguinte, aptos a agravar os riscos de sua integridade física e os de outras pessoas que nada têm a ver com tudo isso.

Sabido e consabido que a embriaguez é causa indubitável de agravamento de risco e, na maior parte das vezes, intencional, consciente, tamanha e dispendiosa é a campanha institucional que se faz contra o uso de álcool no volante de um automóvel e em muitas outras circunstâncias de perigo. Quem não conhece a máxima permanentemente divulgada nos meios de comunicação de massa expressada no seguinte *slogan*: “*se beber não dirija, se dirigir, não beba*”?!... Quem não sabe da ação fiscalizadora da “*Lei Seca*” e das consequências de ser pilhado em flagrante estado de embriaguez na condução do veículo?!

São raras as hipóteses em que o indivíduo não tem a consciência de que está se embriagando e que nessa condição lhe é vedado, até pelo comando da lei penal, dirigir um veículo em via pública. A não ser na velha teoria de direito penal, em que numa situação rara a pessoa, segundo suas características específicas, é inconscientemente induzida por outrem a se embriagar, de forma lenta, imperceptível e gradual, e daí venha a praticar um delito, quando só aí poderia a ciência jurídica penal cogitar de uma eximiente ou atenuante de punibilidade, posto que, do contrário, a embriaguez é sempre causa agravante.

Sem que precisemos adentrar na “*teoria finalista da ação*”, o importante é separar a ação da embriaguez da ação finalista de provocar um acidente: afinal, a ação, ou a omissão, não é só uma série de causas e efeitos. Quando se realiza uma ação o homem prevê as consequências de seu comportamento e nem sempre conduz sua vontade de acordo com essa previsão, mas pode dominar os fatos pelo conhecimento das causas. Afinal, a vontade é um movimento psíquico complexo que se materializa na ação, ou na omissão, por isso não seria o simples querer alguma coisa, que bastaria como conteúdo da vontade, pois querer embriagar-se nem sempre é querer causar um dano, mas, ao fazê-lo, o homem assume leviana e criminosamente o risco de produzi-lo, pela carga

de consciência e ciência que tem sobre o estado produzido pelo álcool em seu organismo e, por conseguinte, no seu movimento psíquico. Daí porque a intenção de embriagar-se acaba se confundindo com a vontade de produzir o dano; portanto, de agravar o risco. O dolo como consciência e vontade, mistura-se com a consciência da ilicitude e da reprovabilidade, que resulta para o agente, de haver agido de maneira contrária ao Direito, quando lhe era possível proceder de conformidade com a ordem jurídica.

Ainda que se compreenda que a finalidade da ação confunde-se com a dolosidade, ou que a vontade de embriagar-se não seja dirigida à causação de um dano, bastaria a carga de reprovabilidade e culpabilidade para se justificar a liceidade das cláusulas constantes das apólices de seguro que excluem a responsabilidade das seguradoras em face do risco da embriaguez, mormente quando o dano guarda com ela uma relação de causalidade, adequada ou remota. De qualquer forma, o desvalor do atuar culposo, que atrai a condenação da ordem jurídica, como no caso da embriaguez no volante alcada à categoria de crime de perigo, resulta da omissão de um comportamento finalisticamente dirigido a evitar a lesão do bem jurídico.

Aferindo-se o juízo da intencionalidade do segurado condutor do veículo, pode-se perfeitamente inferir a culpa grave, que não deixa de ser uma modalidade de dolo, tanto que conhecida como “dolo eventual”, que do ponto de vista da responsabilidade civil e da causação do dano, no seu resultado, nenhuma diferença tem do dolo propriamente dito – do dolo determinado –, ambas as figuras antípodas de qualquer contrato de seguro, cuja involuntariedade é sua abra essencial. Por isso, dolo e culpa grave sempre foram equiparados pela doutrina e jurisprudência mais prestigiosas, como que irmãos siameses ou xifópagos.

Enquanto no dolo há deliberada intenção de produzir o resultado (*dano*) mirado pelo agente, na culpa grave ou dolo eventual, embora a intenção não seja dirigida ela é assumida. Por tudo isso, a questão tem que ser examinada, também e principalmente, do ponto de vista da delimitação do risco no contrato de seguro de qualquer modalidade que, aliás, é da própria essência do seguro. Tanto que o art. 757 do Código Civil estabelece que a garantia do interesse

legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, circunscreve-se tão somente dentro das fronteiras dos riscos predeterminados no contrato.

E essa delimitação, sabemos todos, é *objetiva* e *subjetiva*. A *objetiva* se dá em três dimensões: *causal*, que é exatamente aquela em que se determina uma relação de causalidade entre os comemorativos do sinistro e os fatos cobertos e como tais delineados no contrato, como é o caso das cláusulas excludentes expressamente estabelecidas; *temporal*, que limita a responsabilidade do segurador ao tempo de vigência da apólice e; a *espacial*, que baliza a responsabilidade do segurador aos eventos ocorridos dentro de certa e determinada área territorial.

Quanto à delimitação *subjetiva*, é justamente aquela que se filia ao comportamento do segurado, relacionada, não raro, ao dolo ou culpa grave. Quer isso também dizer que quando a *conduta do sujeito* constitui a causa que modifica o risco, excedendo as margens de segurabilidade do contrato, por violação de limites subjetivos, produz um agravamento do risco, também aí configurando um caso não coberto. E isso tanto serve para os seguros de dano quanto para os seguros de pessoa (*vida e acidentes pessoais*).

A excludente do risco da embriaguez, dentre outros, sem dúvida se insere nessa *delimitação subjetiva*. Aliás, a embriaguez, vale sempre repetir para enfatizar, foi alçada no Código de Trânsito Brasileiro à categoria de crime de perigo (art. 306), já antes considerada contravenção penal, sendo infração gravíssima. Portanto, sua exclusão como risco do seguro é perfeitamente justificável e nada teria de abusiva, podendo até mesmo ser considerada uma forma, como já se disse, de colaboração com as autoridades do trânsito ou mesmo a toda consciência nacional que tanto repele a embriaguez no volante, que tem sido causa primeira das mortes e mutilações no trânsito brasileiro, como mostram, à saciedade, as estatísticas.

Vale transcrever, por amostra, alguns acórdãos que confirmam a assertiva de que também os seguros de pessoa, inclusive de vida, se submetem às regras, cogentes, contra o agravamento do risco:

"SEGURO – FALECIMENTO DURANTE PRÁTICA DE ATO ILÍCITO - EFEITOS. No caso de seguro de vida e acidentes pessoais, o falecimento do segurado, durante prática de ato ilícito, é causa de perda de direito ao capital segurado, em face do descumprimento do dever legal de abster-se de tudo que pudesse aumentar o risco "(2º TAC-SP. Acórdão unânime da 7ª Câmara. Julgada em 27-3-2001. Ap. com Ver. 595.286-00/8. ADCOAS 8199625)". (o grifo é intencional).

EMENTA: SEGURO DE VIDA. AGRAVAMENTO DE RISCO. Segurado que aumenta os riscos ao ser morto quando acabava de assaltar um coletivo. Inteligência do art. 1454 do CC de 1916, vigente a época dos fatos e art. 768 do CC de 2002. Abstraindo qualquer aspecto moral e se atendo somente às questões legais, é dever do segurado pautar seu comportamento de modo a não aumentar os riscos do seguro. Não haveria forma mais eficaz de agravar os riscos do seguro do que o ato praticado pelo segurado que, portando uma pistola, assalta um coletivo onde as regras comuns de experiência demonstram serem comuns as reações, a despeito de imprudentes. Segundo ... disposição do art. 768 do atual CC, "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato..." (AC. 62126/2006 – 13ª C. Civ. Rel. Des. ADEMIR PIMENTEL, julgado em 22/02/2007)." (nossa o grifo).

Guardadas as devidas proporções, o raciocínio é similar ao que se extraí de recente decisão do TJSC, cuja ementa adiante se transcreve, que negou direito ao capital do seguro DPVAT, híbrido de seguro de dano e de pessoa, a condutor de veículo que se acidentou em decorrência de prática delituosa em confronto armado com a polícia:

*Apelação Cível nº 0366221-67.2006.8.24.0023, da Capital
Relator: Desembargador Domingos Paludo. APELAÇÕES
CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO
DPVAT. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA
EM RAZÃO DE O ACIDENTE DECORRER
DE PRÁTICA DELITUOSA. APELO DA
SEGURADORA. INSURGÊNCIA CONTRA A*

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL APÓS O ÓBITO DO AUTOR. INSUBSTÂNCIA. REFLEXO PATRIMONIAL. HABILITAÇÃO REGULAR DO ESPÓLIO. APELO DO AUTOR. AMPLO ACERVO PROBATÓRIO NO SENTIDO DE QUE O ACIDENTE DECORREU DE PRÁTICA DELITUOSA. PROCESSO PENAL INSTAURADO COM SUSPENSÃO POR REVELIA. ACIDENTE CAUSADO POR FUGA. TENTATIVA DE TRANSPOR BLOQUEIO. APÓS CONFRONTO ARMADO. NEXO CAUSAL MANIFESTO ENTRE O ACIDENTE E A ATIVIDADE CRIMINOSA. INVIABILIDADE DE PERCEPÇÃO DE SEGURO. RECURSOS DESPROVIDOS.

Por fim, nem se diga que o fato de o capital segurado no seguro de vida ser pago ao beneficiário de **segurado suicida**, após o período de carência, induza o entendimento de que outras ocorrências de agravamento de risco nos seguros de pessoa devam seguir a mesma sorte. Tal argumento, a nosso ver anêmico, não colheria frutos, porque os critérios objetivos estabelecidos no artigo 798 do CC (ver *acórdão do STJ no Resp. nº 1.334.005, em “Coletânea de Jurisprudência dos Tribunais Superiores - STJ e STF - sobre Seguro, Resseguro, Previdência e Capitalização”*; obra da CNseg organizada por RICARDO BECHARA SANTOS, páginas 87 e 613 e seguintes. *Suma Económica Gráfica e Editora Ltda - Rio. Ano 2016*) objetivaram solucionar situação específica, razão pela qual o legislador estabeleceu um determinado prazo de carência, inadmissível para situações outras de agravamento de risco (*não há carências para acidentes*). É que o suicídio, cujas regras próprias estabelecidas no Código não podem nem devem se espalhar a situações com outras e diferenciadas peculiaridades, como é o caso do agravamento do risco por condução de veículo em estado de embriaguez. São situações, pois, que não se comunicam nem se prestam a paradigmas. Até porque o suicídio, diferentemente da embriaguez ao volante, sequer é caracterizado como crime, tampouco a sua tentativa, muito menos como crime de perigo, na medida em que o suicídio não expõe a perigo a incolumidade de outrem, porque se incia e se esgota no próprio paciente, sem a característica de exterioridade. A condução de veículo em via pública é crime caracterizado pela intrepidez do agente, com

desprezo à vida alheia, enquanto o suicídio, ao contrário, é ato de desespero, talvez até de covardia, de motivação toda própria de quem perdera o instituto de preservação da própria vida, por isso tratado de forma diferenciada no Código.

Feitas estas considerações é de se esperar que o tema seja reavaliado na devida oportunidade pelo próprio STJ, com vistas a reconhecer, como de direito, a aplicabilidade das regras de agravamento de risco também aos seguros de pessoa, inclusive ao seguro de vida, sabido serem elas, legal e juridicamente, absolutamente pertinentes tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa.

Comentário ao CPC: os incidentes de assunção de competência – IAC instaurados pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ

Luís Antônio Giampaolo Sarro¹

Resumo: O presente comentário visa a apontar a instauração de Incidentes de Assunção de Competência pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de uniformização de sua jurisprudência.

Abstract: This present comment aims to point out the instauration of recusals by the Superior Court of Justice, with the purpose of standardising its jurisprudence.

Palavras-chave: Processo civil. Jurisprudência. Uniformização.

Keywords: Civil procedure. Jurisprudence. Standardisation.

Sumário: Do incidente de assunção de competência no código de processo civil. 2. Da publicidade das decisões de caráter vinculante. 3. Dos incidentes de assunção de competência instaurados pelo superior tribunal de justiça. 4. Da conclusão.

1. Do incidente de assunção de competência no Código de Processo Civil

Em vigor desde o dia 18.03.2016, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256/2016 (e posteriormente pela Lei nº 13.363/2016), o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) introduziu importantes alterações no sistema processual civil brasileiro. No Capítulo III – Do Incidente de Assunção de Competência, integrante do Título I – Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, inseriu o artigo 947 com quatro parágrafos, dando melhor regulamentação ao Incidente de Assunção de Competência – IAC.

1- Bacharel pela PUCSP e Pós-Graduado em Direito Civil pela FADUSP. 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.

O IAC já era previsto pelo § 1º do artigo 555 do CPC/73, introduzido pela Lei nº 10.352/2001, que, em seu artigo 555 dispunha que “No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma pelo voto de 3 (três) juízes”, mas o seu § 1º previa que “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

Já o CPC/2015 estabelece em seu artigo 947 que “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

Em seu primeiro parágrafo, o referido dispositivo legal previu que “Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.”

Estabelece ainda que o julgamento pelo órgão colegiado ocorrerá se ele reconhecer o interesse público na assunção de competência (§ 2º), cuja decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

Por fim, o § 4º, que determina que “Aplica-se o dispositivo neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

O IAC integra o microssistema de formação de precedentes vinculantes para garantia da isonomia e segurança jurídica. Decidir com base em precedentes é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de processo brasileiro.

2. Da publicidade das decisões de caráter vinculante

No dia 13.07.2016, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no uso de sua competência constitucional para o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (artigo 103-B, § 4º,

da Constituição Federal) e para dar atendimento à disposição do artigo 979, *caput*, §§ 1º e 3º, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), expediu a Resolução 235, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105/2015, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Tal disposição tem aplicação também ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, como determina o § 3º do artigo 979.

Nos termos do artigo 5º da referida Resolução, é criado, no âmbito do CNJ, banco nacional de dados de casos repetitivos e de incidentes de assunção de competência, que será alimentado continuamente pelos tribunais, com a padronização e as informações previstas em seus anexos, que disponibilizará as informações para toda a comunidade jurídica, separando em painéis específicos os dados relativos à repercussão geral, aos recursos repetitivos, ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao incidente de assunção de competência admitidos e julgados pelos tribunais.

A mencionada Resolução determinou, também, em seu artigo 6º, que os tribunais relacionados pelo artigo 5º organizem, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições relacionadas pelo artigo 7º da citada Resolução, dentre as quais a de informar ao Nugep do CNJ e manter na página do tribunal na internet dados atualizados de seus integrantes, uniformizar o gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral, de julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, acompanhar os processos submetidos à técnica dos casos repetitivos e da assunção de competência em todas as suas fases, controlar os dados referentes aos grupos de representativos previstos no artigo 9º da Resolução, disponibilizar informações para as áreas técnicas de cada tribunal, acompanhar a tramitação dos recursos selecionados pelo tribunal como representativos da controvérsia encaminhados ao STF, ao STJ e ao TST (art. 1.036, § 1º, do CPC),

manter, disponibilizar e alimentar o banco de dados, informar a publicação e o trânsito em julgado dos acórdãos-paradigmas, receber e compilar dados referentes aos recursos sobrestados no estado ou na região, informar ao Nugep do CNJ a existência de processos com possibilidade de gestão perante empresas, públicas e privadas, bem como agências reguladoras de serviços públicos, para implementação de práticas autocompositivas etc.

3. Dos incidentes de assunção de competência instaurados pelo Superior Tribunal de Justiça

Mas o objetivo principal deste breve comentário é destacar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ vem se utilizando do Incidente de Assunção de Competência – IAC para uniformizar a sua jurisprudência, já se constatando duas instaurações:

IAC no RECURSO ESPECIAL nº 1.303.374-ES (2012/0007542-1), instaurado em 14.06.2017, envolvendo a tese “Contrato de Seguro facultativo: ser ou não anual o prazo de prescrição em todas as pretensões que envolvam segurado e segurador, não apenas as indenizatórias”.

IAC no RECURSO ESPECIAL nº 1.604.412-SC (2016/0125154-1), instaurado em 08.02.2017, tendo como tese o “Cabimento, ou não, da prescrição intercorrente nos processos anteriores ao atual CPC; imprescindibilidade de intimação e de oportunidade prévia para o credor dar andamento ao processo”.

No que tange ao primeiro IAC, acima mencionado, que tem como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, ficou assim ementado:

“Proposta de assunção de competência. Recurso especial. Incidente instaurado de ofício. Civil e processual civil. Seguro de vida. Prescrição anual para quaisquer pretensões que envolvam segurado e segurador. Relevância da questão de direito. Repercussão social.

1. Esta Corte Superior não se defrontou, ainda, com importante tese engendrada pela recorrente, no sentido de, em contrato de seguro facultativo, ser ou não anual o prazo da prescrição em todas as pretensões que envolvam segurado e segurador, não apenas as indenizatórias.

2. A matéria em exame consiste em relevante questão de direito, com notória repercussão social, sem repetição em múltiplos

processos, apta a ser solucionada, portanto, pelo incidente de assunção de competência.

3. Recurso especial submetido ao rito do art. 947 do CPC/2015.”

O nobre relator menciona, em seu voto, que “*Em verdade, a posição do STJ até aqui aplica a prescrição ânua aos casos decorrentes de indenização securitária*” e cita vários precedentes, que têm fundamento no Código Civil:

“Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 1º Em um ano:

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.

Sobre prescrição, vale lembrar o enunciado pela súmula 101 do STJ, segundo o qual “A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.”

Em relação ao segundo IAC, acima mencionado, que tem como Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, ficou assim ementado:

“Proposta de assunção de competência. Recurso especial. Incidente instaurado de ofício. Direito processual civil. Prescrição intercorrente. Intimação prévia do credor. Andamento do processo. Relevante questão de direito. Divergência entre as turmas da segunda seção.

1. Delimitação da controvérsia:

1.1. Cabimento, ou não, da prescrição intercorre nos processos anteriores ao atual CPC;

1.2. Imprescindibilidade de intimação e de oportunidade prévia para o credor dar andamento ao processo.

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 947 do CPC/2015.”

Ainda em relação ao segundo IAC, acima referido, que interessa apenas ao mercado de seguro para as ações de ressarcimento, decorrentes do exercício do direito de regresso de seguradora sub-rogada nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, em caso de pagamento de indenização ao segurado (art. 786 do CC), tem a ver com a fase de cumprimento de sentenças, cujas execuções tenham sido suspensas ao tempo da vigência do CPC/73 por inexistência de bens penhoráveis.

É que, no regime do CPC anterior, a prescrição intercorrente ocorria apenas quando o processo ficava parado por inércia do credor por tempo superior ao prazo de prescrição do título judicial ou extrajudicial. Não havia, pois, à exceção apenas dos executivos fiscais, por expressa disposição do artigo 40 da Lei nº 6.830/90, previsão legal para a prescrição intercorrente para a hipótese de execuções suspensas por inexistência de bens penhoráveis.

Ocorre que o novo CPC, utilizando-se do mesmo regramento da Lei de Execuções Fiscais, passou também a prever a prescrição intercorrente das execuções suspensas por inexistência de garantia do juízo, conforme expressamente disposto pelo artigo 921: “*Suspende-se a execução: ... III – quando o executado não possuir bens penhoráveis; ...*

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (*um*) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo de 1 (*um*) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para o prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvida as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.”

Todavia, apesar da clareza do artigo 1.066 do “Livro Complementar - Disposições Finais e Transitórias”, no sentido de que “Considerar-se-á o termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data da vigência deste Código”, alguns juízes de primeira instância vem aplicando a disposição de forma retroativa ao período de vigência do CPC/73 e, pior, vem condenando os exequentes a pesadas sucumbências em percentuais de no mínimo 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado das execuções suspensas.

Note-se, aqui, que o § 5º do art. 924 não prevê a fixação de honorários de sucumbência (e se a intenção fosse essa, haveria expressa previsão), quando estabelece que “O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.”

Em suma, por mais absurdo que possa parecer, o credor tem sido duplamente penalizado: primeiro, por não ter obtido a satisfação de seu crédito em face da frustrada tentativa de localização de bens passíveis de penhora; segundo, por ter ainda que pagar ao advogado do devedor elevados valores a título de honorários advocatícios em decorrência do decreto da prescrição intercorrente e consequente extinção da execução ou da fase de cumprimento da sentença.

4. Da conclusão

Em tais questões (exceto a que se refere às condenações em honorários de sucumbência), portanto, o Superior Tribunal de Justiça, como último intérprete da lei infraconstitucional, assumiu, por seu órgão colegiado, a competência para uniformizar a sua jurisprudência, a partir da qual sua decisão passará a ter força vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários.

Formar-se-á, assim, precedente judicial, de observação obrigatória, como determina o artigo 927 do CPC/2015:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:... III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo.”

Aliás, em sintonia, determina o § 3º do artigo 947 do mesmo diploma processual que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgão fracionários. E no mesmo sentido regra o artigo 985 e seus dois incisos, em relação às decisões proferidas em IRDR, inclusive para os casos futuros que versarem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

E a força vinculante das decisões proferidas em IAC e IRDR pode ser constatada em outras disposições do CPC/2015, como na competência atribuída ao juiz para julgar liminarmente improcedente o pedido, nas causas que dispensem a fase instrutória, quando contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 332, inciso III, do CPC/2015).

E, ainda, nos poderes atribuídos ao relator de negar provimento a recurso que for contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (artigo 932, inciso IV, do CPC/2015), ou até mesmo para dar provimento a recurso, depois de facultada a apresentação de contrarrazões pela parte contrária (inciso V do mesmo dispositivo processual).

Vamos, enfim, aguardar pelas decisões a serem adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às duas relevantes teses que serão submetidas ao seu colegiado por meio dos dois incidentes de assunção de competência, torcendo para que sejam os ministros bem iluminados, com vistas a adotarem as soluções mais equilibradas para as partes envolvidas, não se descartando que a clareza da luz venha também de importantes subsídios com os quais possam contribuir as entidades legitimadas a intervir nos processos como *amicus curiae*, nos termos do artigo 138 do nosso Código de Processo Civil.

Jurisprudência comentada. Prescrição intercorrente em processos administrativos

Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior¹

A decisão proferida nos autos do Processo Administrativo nº 0024.12.010724-8, que teve trâmite perante a 14ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, instaurado para apuração de suposta infração consumerista na comercialização de seguros em inobservância às normas emanadas da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e Código de Defesa do Consumidor, em que, de ofício, culminou com a extinção do referido processo por reconhecer a ocorrência de prescrição intercorrente administrativa punitiva, move-nos e inspira a aprofundar no estudo deste valioso instrumento de controle dos atos da administração pública e de segurança ao contribuinte e jurisdicionado.

Como sabido, a tramitação de procedimentos administrativos está inegavelmente submetida à estrita observância dos princípios constitucionais de natureza administrativa, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, proporcionalidade e razoabilidade, cuja aplicabilidade se impõe de modo absoluto.

Neste sentido, também merece destaque e menção o princípio da celeridade, por corolário ligado por decorrência lógica ao princípio da eficiência, versado no artigo 37 da Carta Magna de 1988, com localização precisa contida no artigo 5º, inciso LXXVII, que determina e orienta que “a todos, no âmbito judicial e administrativo,

1 - Mestre em Direito Empresarial. Professor da PUC-MINAS e da ESNS – Escola Superior Nacional de Seguros. Advogado especialista em seguros e previdência complementar. Membro da Seção Brasileira da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguros.

são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Portanto, é do próprio texto constitucional que se colhe a obrigação de o ente administrativo conduzir o procedimento a seu cargo com vistas ao atingimento de seus fins e, ainda, dele exigindo que se chegue a uma decisão a ser exarada no menor tempo possível, e que os meios despendidos para tal fim sejam os necessários e suficientes para a decisão pretendida, sob pena de, assim não o fazendo, incorrer nos efeitos da prescrição.

No que pertine à prescrição intercorrente administrativa punitiva contra a administração pública federal, cujo prazo é de três anos, encontra-se plasmada nas regras contidas na Lei nº 9.873/99, em seu artigo 1º, § 1º, a saber:

“Art. 1º - Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração a legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º - Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.”

É de ser ressaltado, que eventuais e meros despachos exarados para prorrogações de prazo dos autos, ou notificações ao jurisdicionado não se convalidam como causa interruptiva da prescrição (Lei 9.873/99, art. 2º, incisos I e II).

Nem se diga que era de ser aplicada às hipóteses de interrupção da fluência do prazo prescricional, previstas no artigo 2º e seus incisos, que assim preveem: (*“Art. 2º - Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: I) pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II) por*

qualquer ato inequívoco, importe apuração do fato; III) pela decisão condenatória recorrível; IV) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.”)

Assim também entendeu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), reconhecendo a inaptidão do ato de juntada de documentos para o fim de interromper o fluxo do prazo prescricional, de cujo parecer extrai-se que “o CADE vem consolidando entendimento no sentido de reconhecer e declarar a prescrição intercorrente nos processos paralisados por 3 anos. A meu ver, nenhum dos despachos referidos no parecer da ProCADE como interruptivos da prescrição, a saber, aqueles constantes das fls. 70, 78, 80, 81, 82, e 84 dos autos, pode ser tratado enquanto ‘ato inequívoco que importe apuração de fato’, vale dizer, como ato do Poder Público capaz de interromper a prescrição nos termos do disposto na lei aplicável. De fato, trata-se, em todos esses casos, sem exceção, de despachos de natureza burocrática objetivando seja a juntada de documentos (...), seja o deferimento de pedido de vista e obtenção de fotocópias pela Representada”. (Processo Administrativo nº 08012.006713/97-92)

Outro não foi o entendimento da Junta Recursal da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em semelhante julgado e condição, na qual restou consignado “..Por meio do PARECER nº 00071/2016/PROT/PFANAC/PGF/AGU, a Procuradoria Federal junto à ANAC, manifestou-se a fls. 70/74, expressando o seguinte entendimento, em síntese: i) Parece temerário considerar mera certidão de decurso de prazo e Despacho demonstrando apenas a ordem dos documentos no processo como condições interruptivas para contagem do prazo da prescrição intercorrente. Isso porque, SMJ, não possuem qualquer teor decisório ou de tentativa de imprimir solução de cunho material aos autos, atesta tão-somente a condição na qual o processo já se encontrava, o que contraria a ideia de ato indispensável à continuidade do processo, ou modificação do status no qual o processo já se encontrava. ii) Presente a hipótese de prescrição intercorrente visto que o procedimento administrativo permaneceu inerte, sem movimentação e/ou diligência por mais de 3 (três) anos durante seu curso, em especial pelo lapso temporal entre a notificação do

interessado e decisão de primeira instância. Aplicada, portanto, a incidência do §1º, do art. 1º, na Lei nº 9.873/1999.”²

A norma em questão, Lei nº 9.873/99, embora direcionada à Administração Pública Federal, é aplicável a todos os Processos Administrativos instaurados pelos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, mesmo que estaduais ou municipais, dado que todos eles, no múnus de fiscalização das relações de consumo e de aplicação das sanções previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, estão também sujeitos às normas gerais previstas no Decreto Federal nº 2.181/97.

Como leciona Antônio Luiz da Câmara Leal, a prescrição tem por objetivo o “interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência.”³

Vê-se, pois, que a aplicação do instituto da prescrição intercorrente tem por objeto inibir a inércia da administração pública, que não pode submeter o contribuinte ou o jurisdicionado à eternização de processos administrativos, na espera de uma decisão que certamente irá impactar diretamente em sua vida empresarial e patrimônio.

Ao reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente contra a administração pública resgata-se e garante-se o princípio da segurança jurídica, na medida em que confere aos contribuintes e jurisdicionados proteção contra os infundáveis prazos com que nesta seara são praticados os atos processuais.

Nas lições de Arruda Alvim, temos que “a prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida: quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do

2 - Processo nº 60870.004807/2009-41, Auto de Infração nº 00680/2009, Relator Alfredo Eduardo Anastácio de Paula, julgado em 09 de março de 2015. Disponível em <http://www.anac.gov.br/acesso-a-informacao/junta-recursal/recursos/rec634180122.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

3 - CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. *Da prescrição e da decadência*. Editora Forense, 1982, p. 16.

processo por segmento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese.”⁴

Tanto no âmbito federal, quanto estadual ou municipal, é de se aplicar e reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente se verificado decurso de prazo suficiente para sua consumação durante a tramitação do processo administrativo, sendo a recusa em fazê-lo ou reconhecê-la um ato de intolerável afronta aos princípios constitucionais da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, podendo ser atacado por Mandado de Segurança ou ação ordinária cabível, para determinar a extinção do respectivo processo administrativo punitivo.

4- ALVIM, Arruda. *Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar*. 3^a Ed. SP, Editora Saraiva, 2011, p. 120.

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 *italílico*. 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@cnseg.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@cnseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.

A Constituição Federal está comemorando neste ano de 2018 três décadas e assim é mais que bem vindo o reconhecimento da sua contribuição para a estabilidade das instituições e da democracia entre nós. Esta 8^a edição da Revista Jurídica de Seguros inicia sua seção “Doutrina” com o excelente artigo “Constituição e os juízes” do professor e ministro aposentado do STF, **Eros Grau**, seguido de “O dever de prestar declaração de risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório” pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, **Leonardo David Quintanilha**. Em “Opinião”, **Ricardo Bechara Santos** disserta sobre “Prescrição, notadamente no Seguro de Responsabilidade Civil”, e **Vivien Lys Porto Ferreira da Silva** sobre “A conquista da consciência do Mercado Segurador em novos caminhos de gestão de conflitos”. A seção de pareceres históricos traz as lições do brilhante mestre constitucionalista e ministro aposentado do STF, **Célio Borja** sobre “Cláusula contratual abusiva”. Seguem-se, em “Internacional” os artigos do jurista peruano **Alonso Nuñez del Prado Simons** sobre “Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación”, o de **Paulo Medina Magallanes**, “La prescripción de los contratos de seguros en México” e, fechando a seção, o de autoria do jurista português **Francisco Rodrigues Rocha**, “Sub-rogação do segurador nos seguros de danos nos direitos português e brasileiro: eficácia, âmbito de aplicação, exceções oponíveis e ónus de não a prejudicar”. Em “Legislação, “O regime repressivo no mercado segurador. Evolução. Atualização da legislação que dispõe sobre a matéria” por **Suely Molina**, e “Segurança no trânsito” por **Gloria Faria**. Completando a edição, a seção de “Jurisprudência Comentada” traz “Comentários a voto do Ministro Ricardo Cueva, no REsp. nº 1.665.701, sobre excludente do risco da embriaguez e agravamento de risco no seguro de vida” por **Ricardo Bechara**, o “Comentário ao CPC: incidentes de assunção de competência - IAC instaurados no Superior Tribunal de Justiça” por **Luis Antonio Giampaulo Sarro** e, “Prescrição intercorrente em processos administrativos” por **Landulfo de Oliveira Ferreira Junior**.

Boa leitura!

