

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVEMBRO 2018

09



REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVIEMBRE 2018 - NÚMERO 09



© 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. 9. Rio de Janeiro: CNseg, Novembro 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

No momento em que o Brasil comemora os 30 anos de promulgação da Constituição de 1988, é mais que oportuno o artigo do Ministro João Otávio de Noronha, sobre a “Crise financeira e democracia: desafios para a supervisão estatal e administração”, com que se abre esta edição de nº 9, da “Revista Jurídica de Seguros”.

O autor, autoridade indiscutível em matéria de direito financeiro e de seguros, vive o reconhecimento de seu notório saber, ao ser elevado à Presidência do Superior Tribunal de Justiça. A leitura dessa palestra, originalmente proferida em Lisboa, é leitura que se recomenda a todos os brasileiros, como um ponto de reflexão em hora tão grave para os destinos do País.

Também é de grande oportunidade, o artigo dos advogados Mario Viola e Leonardo Henrique Matos, sobre a “Proteção de dados pessoais no setor de seguros: a boa-fé objetiva como fonte irradiadora de deveres e os reflexos da Lei nº 13.709/2018 na relação entre Segurado e Seguradora”. Os autores, que têm se dedicado à análise do assunto, inclusive deram sua contribuição à elaboração do texto legal que veio a ser recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, e que foi sancionado, com poucos vetos, pelo Presidente da República.

Não é exagero dizer que essa lei representa uma verdadeira revolução no tratamento dos dados pessoais, que são obtidos para utilização por parte das entidades do setor público e privado, na legitimidade do exercício de suas atividades. Vivemos uma era de transparência quase que sem limites, em que as informações sobre a intimidade e a vida privada das pessoas demandam mecanismos de defesa contra o mau uso. E como salientado pelos autores, nos contratos de seguros a informação assume papel ainda

mais central, pois a mensuração dos riscos a segurar depende da análise dos dados pessoais fornecidos pelo segurado, na proposta de seguro.

Na seção de “Doutrina”, dois outros destaques de boa matéria para reflexão. O primeiro, artigo do advogado Ricardo Bechara, sobre tema que é um desafio frequentemente revisitado e enfrentado na prática, a questão da morte real ou presumida, nos seguros de vida e acidentes, em presença do cadáver ou na hipótese de desaparecimento da pessoa segurada. E o segundo, de autoria de Ricardo Carrez Gonçalves, sobre a Teoria do Adimplemento Substancial como instrumento de bloqueio ao exercício desarrazoado do direito de resolução contratual.

Motivado pela ainda muito recente Circular Susep nº 551, editada em junho deste ano, que trata do seguro de animais – matéria que aparentemente não comportaria maiores indagações – o signatário deste editorial apresenta uma reflexão a “Entrega de um serviço como prestação do segurador”. Na mesma seção, Danielle Djouki e Lohana Fita analisam a Lei nº 12.683/2012, sobre crimes de lavagem de dinheiro – a chamada “Lei Anticorrupção” - em seu alinhamento com a função social e prática do Seguro Garantia.

Ainda em “Opinião”, o advogado Thiago Junqueira, em estudo sobre os princípios contratuais no direito civil brasileiro, revisita a questão da boa-fé objetiva, e a necessidade de um redimensionamento de certas inovações técnicas que podem resultar em abuso contra o equilíbrio nas relações geradas por contrato. E, pela atualidade do tema – “Riscos cibernéticos, prevenção e Seguro” – artigo de Landolfo de Oliveira Junior, pede uma leitura atenta.

Na seção “Parecer”, um verdadeiro achado histórico: “Prevenção e repressão da fraude no seguro”, de José Sollero Filho. Trata-se de trabalho apresentado em 1970, na “Sétima Conferência Brasileira de Seguros”, em que as várias modalidades de fraude são detectadas, definidas, confrontadas com as possibilidades de repressão, e enquadradas em moldura de peça de valor acadêmico. Na seção “Internacional”, um estudo apresentado pelo professor da Universidade de Hamburgo, Jürgen Basedow, com tradução de Thiago Villela Junqueira, sobre a ideia e projetos de harmonização

transnacional dos contratos de seguros. A matéria pede atenção, dada a sua atualidade e qualificação do autor, que historiou o esforço que vem sendo feito, sobretudo no âmbito da União Europeia, para promover mais que a harmonização da prática contratual: a busca da sintonia da atividade seguradora com o realinhamento político em curso em várias partes do mundo.

A responsabilização objetiva de pessoas naturais, no âmbito da Susep, é vista e analisada em artigo do advogado Juliano Delesporte dos Santos Tunala, com foco em regulamentação baixada pelo CNSP, através, sobretudo, de suas Resoluções nºs 243/11, 293/13 e 331/15. A discussão aqui levantada é quanto à possibilidade, legal, de a Susep aplicar penalidades com respaldo na ação ou omissão lastreada em culpa *in vigilando* ou *in elegendo*. E assim, distanciando-se do que é fundamento da legislação penal, que exige, para a hipótese, a participação efetiva do agente, caracterizando sua responsabilidade subjetiva. Na mesma seção, Gloria Faria escreve sobre tema de preocupação atual “Violência, sociedade e seguro, as ações públicas e privadas para diminuição da reincidência criminal”.

Finalmente, na seção de “Jurisprudência comentada”, a advogada Rafaela Soares Barbosa analisa a questão da utilização do seguro como lastro de garantia em Juízo, matéria já apreciada em sede de Recurso Especial decidido no Superior Tribunal de Justiça. Também nesta seção, acórdão do mesmo STJ, sobre a questão do *dies a quo* da prescrição, em ação de ressarcimento no seguro marítimo, tem análise do advogado Ricardo Bechara.

Em síntese, assim apresentamos a nova edição da “Revista Jurídica de Seguros”, que vem renovada com uma capa redesenhada, para melhor refletir sua ligação com a atividade seguradora no Brasil. E esta nova capa vale como um convite à leitura de textos sobre a ciência e a prática da advocacia no setor de seguros, nesta publicação que se deseja sempre rica em contribuições que primem pela qualidade e visão inovadora.

Luiz Tavares Pereira Filho
Consultor Jurídico

Índice

Editorial

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

Doutrina

Crise financeira e democracia: desafios para a supervisão estatal e administração	
João Otávio de Noronha	12

Proteção de Dados Pessoais no Setor de Seguros: a boa-fé objetiva como fonte irradiadora de deveres e os reflexos da Lei nº 13.709/2018 na relação entre Segurado e Seguradora	
Mario Viola	
Traduzido por Leonardo Heringer Matos	36

A morte real com ou sem presença do cadáver e a morte presumida por ausência ou desaparecimento de pessoas, nos seguros de vida e de acidentes pessoais	
Ricardo Bechara Santos	62

A Teoria do Adimplemento Substancial no contrato de seguro	
Ricardo Celso de Magalhães Loureiro Carrez Gonçalves	80

Opinião

A entrega de um serviço como prestação do segurador	
Luiz Tavares	138

A Função Social do Seguro Garantia, a Cláusula de Cobertura para Atos Dolosos de Corrupção do Tomador e a Cláusula de Embargos e Sanções	
Danielle Djouki	
Lohana Fita	148

Princípios contratuais no direito civil brasileiro: é tempo de redimensioná-los	
Thiago Junqueira	154

Riscos Cibernéticos – Prevenção e Seguro	
Landulfo de Oliveira Ferreira Junior	162

Parecer

Prevenção e repressão da fraude no seguro	
José Sollero Filho (parecer histórico)	176

Internacional

Em direção a uma Lei Contratual Securitária Europeia?	
Jürgen Basedow	
Traduzido por Thiago Villela Junqueira	188

Legislação

Responsabilização objetiva das pessoas naturais no âmbito da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)	
Juliano Delesporte dos Santos Tunala	214
Violência, Sociedade e Seguro, as ações públicas e privadas para a diminuição da reincidência criminal	
Maria da Gloria Faria	226

Jurisprudência Comentada

Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.297.362-SP, o <i>dies a quo</i> da prescrição em ação de ressarcimento no seguro marítimo	
Ricardo Bechara Santos	236
Recurso Especial nº 1.691.748 - PR (2017/0201940-6). Da utilização do Seguro Garantia Judicial como forma de garantia ao juízo, mesmo havendo discordância do exequente	
Rafaela Soares Barbosa	244





DOUTRINA

Crise financeira e democracia: desafios para a supervisão estatal e administração

João Otávio de Noronha¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Democracia. 3. O Sistema Democrático-Liberal. 3.1. O Liberalismo; 3.2. Do Liberalismo à Democracia. 3.3. A Democracia nos dias atuais. 4. A Democracia e a Crise Financeira. 5. Crise Econômica e Financeira no Brasil. 6. Soluções. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Introdução

Na parte dogmática ou codificada das constituições dos países, encontra-se a maior parte das matérias pertinentes à divisão do exercício do poder político e suas relações que geram sistemas de governo – parlamentares, presidenciais e assembleares².

Nada obstante a definição constitucional, o regime político vigente de um país deve ser aferido com base na realidade prática e teórica de sua vida política. Destaco dois grandes grupos:

I - Democracia: forma de governo que se baseia na vontade popular e cuja base é a realização periódica de eleições e estabelecimento de uma constituição da qual as outras leis derivem. A democracia pode ser:

a) **direta ou deliberativa**, na qual ocorre a participação dos cidadãos diretamente na política (atualmente a Suíça é o exemplo mais aproximado);

b) **representativa**, na qual os cidadãos escolhem seus representantes, que tomam as decisões;

1- Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, também foi corregedor-geral da Justiça Federal, corregedor-geral eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral e diretor-geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Até assumir a presidência do STJ, era o corregedor nacional de Justiça no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor de direito civil e processual civil no Centro Universitário Iesb.

2- Domínio da instituição legislativa sobre a executiva.

II - **Regimes autoritários:** neles, ocorre a concentração do poder em uma pessoa ou em grupo de pessoas, sem a participação da sociedade. Os regimes autoritários subdividem-se em dois:

a) **regimes totalitários**, em que o controle do Estado envolve, além da política, todos os outros aspectos da vida das pessoas, ou seja, é absoluto;

b) **autocracias**, comumente consideradas formas “brandas” de autoritarismo. Exemplos são a ditadura, tal como a ocorrida no Brasil, no “regime militar”, que vigeu de 1964 a 1985, e a monarquia absoluta.

Neste trabalho, a abordagem concentra-se no regime democrático representativo, vigente na maioria dos países, o qual vem sofrendo distorções dada a intensa crise financeira mundial, situação que tem desencadeado desequilíbrio na confluência de forças que sustentavam esse regime. Trata-se de crise multidimensional que afeta a economia, a política e o sistema de valores da sociedade.

No Brasil, essa situação tomou proporções tamanhas que levaram ao segundo *impeachment* presidencial em menos de 25 anos, em decorrência da incapacidade do governo eleito em 2014 de coordenar sua base de apoio político a fim de garantir a governabilidade. Nessa conjuntura, surgiram graves denúncias de abuso de poder e corrupção endêmica nas diversas esferas governamentais.

Questiona-se, então, os mecanismos de controle estatais, que são inerentes ao próprio funcionamento e esquematização do regime político democrático de direito: o Estado sujeita-se às leis que cria, garante a ordem legal e tem, na divisão dos Poderes, uma autorregulação.

Considerando aspectos financeiros, vive-se uma crise de proporções mundiais, que eclodiu nos Estados Unidos, afetando o mundo. Se os países ditos emergentes, entre eles o Brasil, não foram afetados imediatamente em virtude das boas reservas que tinham, com o decorrer do tempo, de uma forma ou de outra, nela imergiram.

Essa crise do momento não é nova – o sistema financeiro já sofreu outras –, mas tem trazido à discussão alguns valores referentes ao funcionamento da própria democracia, que vem sendo abalada constantemente pela ciclagem de crises ocorridas no mundo capitalista.

Há solução para esse quadro? Na verdade, não haverá se não houver um deslocamento dos estudos e análises dos sistemas para o elemento humano. É necessário entender que, além da crise ou crises, subsistem valores humanos que sustentam a condição histórica humana. Quaisquer estudos e soluções que desconsiderem o humano real – e não o ideal – tendem a cair na transitoriedade e no vazio dos discursos.

Portanto, não se pretende aqui propor alguma solução para a crise que atinge o mundo, mas tão somente lançar ideias: é preciso reler a história com base no homem, e não no capital ou no sistema de poder. Talvez haja alguma luz no pensamento daqueles que defendem a ideia de que a sociedade deve ser formada para propiciar ao homem um meio de evolução de si mesmo.

2. A Democracia

O termo **democracia** – *demo* (povo) e *cracia* (governo), cujo significado é *o governo do povo* – surge em Atenas, no final do século V a.C., como princípio ideológico, em oposição a *oligarquia*, *tiranía*. Com o tempo, a prática em pequenas cidades-estados tomou proporção maior e refletiu nas instituições políticas da República romana, expandindo-se para uma parte da Europa.

Na Grécia Antiga, houve dois filósofos considerados os grandes mestres do pensamento político-social: Platão e seu discípulo Aristóteles. Eles acreditavam que o Estado deveria dispor de um governo sábio e justo. Entendiam que o bom governo dependia da virtude de bons governantes para atingir seu fim de levar a paz e favorecer o desenvolvimento dos cidadãos.

Segundo esses filósofos, há três formas de governo justas e outras tantas injustas. Justos são os governos que servem ao bem comum. São eles: **monarquia**, isto é, o comando de um só que cuida do bem de todos; **aristocracia**, o comando dos virtuosos que também cuidam do bem de todos; e **república**, o governo popular que cuida do bem de todos. As formas injustas são aquelas que servem aos interesses dos governantes, e não ao bem comum. São elas: **tiranía**, o comando de um só chefe em seu próprio interesse; **oligarquia**, o comando de ricos que buscam seu próprio bem econômico.

O pensamento de Platão concentra-se no modelo aristocrático de poder – a aristocracia da inteligência, e não da riqueza em si, que, todavia, não é

excluída³. Para Platão, **política** é a arte de governar os homens, e o político deve ser o melhor entre os homens. Suas ideias sobre Estado consideram que há duas formas, a saber: a justa e a degenerada.

No livro *A República*, o filósofo define **democracia** como o estado no qual reina a liberdade, e descreve uma sociedade que deveria ser dirigida por filósofos, os verdadeiros conhecedores da realidade.

Aristóteles, na obra *A Política*, desenvolveu o primeiro tratado conhecido sobre as funções e divisão do Estado e as formas de governo que defendeu. Para ele, sendo o homem um ser político, deve desenvolver suas capacidades na *pólis*, local adequado à obtenção da felicidade. Semelhantemente a Platão, entendia que o equilíbrio e a moderação deveriam ser a base da prática do poder. Também acreditava que o poder deveria ser exercido por todos os cidadãos, ou seja, o povo é soberano.

Rousseau, pensador francês do século XVII, desenvolveu a ideia de Estado democrático como a mais legítima forma de governo. Em *Contrato social* – clássico de filosofia e sociologia –, *funde* a doutrina clássica da soberania popular e o ideal igualitário que a acompanhou na história aos ideais republicanos, opondo-se à desigualdade dos regimes monárquicos e despóticos.

Mencionada obra contém um estudo profundo e sistemático das teorias políticas vigentes à época. Nele, discutem-se questões referentes à origem, formação e manutenção das sociedades humanas sob a perspectiva de um acordo entre os homens. Rousseau defende a democracia, demonstrando que é o povo que legitima o poder e lhe dá origem; o povo passa a ser o soberano, e o governante (monarca ou administrador eleito) restringe-se à função de agente do soberano.

Não obstante o Estado construído por Rousseau ser uma democracia, prefere chamá-lo de **república**. Considera a democracia uma das três formas possíveis de governo de um corpo político que, enquanto tal, ou é uma república ou não é sequer um Estado, mas o domínio privado de algum poderoso que governa mediante força.

Já Montesquieu, teórico do iluminismo, descreve três formas de governo: **despotismo**, **monarquia** e **república**. A última compreende a república democrática e a aristocracia.

3- O pensamento de Platão não está contaminado pela questão da riqueza ou sua ausência como causa social ou política. Esse destaque é típico da era moderna, quando muitos sistemas políticos têm suas filosofias voltadas para esse ponto, seja de forma positiva ou negativa.

Posteriormente, surge Norberto Bobbio como um dos pensadores da democracia e do governo popular. Segundo seus escritos, o conceito de democracia na política contemporânea abrange as seguintes ideias:

- todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria devem gozar de direitos políticos;
- o voto de todo cidadão deve ter o mesmo valor;
- todos os que gozam dos direitos políticos devem ser livres para votar;
- prevalece a regra da maioria numérica para as eleições e decisões coletivas;
- mesmo que as decisões sejam tomadas pela maioria, os direitos da minoria são preservados.

Na verdade, nenhum regime histórico observou as regras pensadas pelos filósofos, de modo que a democracia jamais existiu inteiramente. Observa-se, por exemplo, na chamada democracia representativa, que os representantes de determinado partido, quando eleitos, acabam regendo-se por interesses particulares.

Essas questões são apenas parte das ideias a respeito dos sistemas democráticos e sobre as quais são eles construídos.

3. O Sistema Democrático-Liberal

3.1. O Liberalismo

A associação dos ideais democráticos da Grécia Antiga com os ideais do liberalismo resultou no sistema democrático atualmente conhecido. Portanto, esse sistema tem o liberalismo em seus primórdios.

Liberdade, igualdade e individualismo são elementos marcantes do liberalismo, termo de origem e tradição espanhola, usado para significar um sistema coerente de ideias na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII. Condenava-se a autoridade arbitrária. De acordo com a filosofia político-liberal, caberia ao governo a proteção e promoção da liberdade individual. O Estado Liberal de Direito assenta-se nos fundamentos de que o indivíduo é sujeito de direitos inatos.

Os pensadores liberais defendiam a liberdade econômica: o Estado não deveria intrometer-se no livre mercado organizado por contratos entre particulares. Portanto, as regras para solução de conflitos entre empregados e empregadores, ou entre as empresas com potenciais econômicos diferentes, não deveriam ser estabelecidas pelo Estado. A regulação do mercado ocorreria pela livre concorrência.

A liberdade econômica foi sintetizada na frase *laissez faire, laissez passer* (*deixe fazer, deixe passar*).

Quanto aos direitos e liberdades fundamentais, a novidade trazida pelo liberalismo foi a divisão dos Poderes que garantia os direitos individuais. Com essa divisão, adotou-se a colaboração entre Poderes. Evolui-se para o conceito de **Estado de Direito**, que representa o ponto fundamental do sistema democrático liberal. Nessa perspectiva, o Estado é sujeito ao próprio Direito que criou, ou seja, deve observar as normas jurídicas por ele criadas, fiscalizando e sendo fiscalizado por meio de seus Poderes representativos.

Registre-se que dos ideais do liberalismo também se originou o conceito de **cidadania** que, no século XVIII, referia-se ao direito à liberdade, segurança individual, direito de ir e vir, liberdade de crença e opinião.

3.2. Do Liberalismo à Democracia

À medida que os conceitos liberais foram sendo absorvidos pelas instituições dos países, a Europa e os Estados Unidos deram passo significativo em direção à democracia contemporânea.

Gradualmente, o liberalismo começou a admitir a tendência intervencionista do Estado. A vida social estabelecida com base nos ideais iluministas, em que a renda concentrava-se na classe burguesa, e a tensão provocada pelo crescimento da classe operária, até mesmo em razão das contradições sociais, evidenciavam a necessidade de proteção de uma série de direitos. No decorrer do tempo, a complexidade das relações sociais e o surgimento dos direitos de terceira geração foram se acomodando no Estado Democrático de Direito.

A democracia passou a representar uma solução para o problema da imputabilidade do poder político dentro da própria sociedade. O exercício desse poder passou a ser competência dos cidadãos, que são, ao mesmo tempo, sujeitos e destinatários do poder estatal.

Ocorre que a democracia direta, nos moldes concebidos na Grécia Antiga, é uma impossibilidade no mundo contemporâneo. Assim, surgiu o mecanismo técnico-político da representação: selecionam-se representantes, que passam a ser os verdadeiros protagonistas no sistema democrático. Assim, número pequeno de eleitos representa todo o povo.

No tocante ao papel da representação na democracia, foram criadas, para aperfeiçoamento do sistema, medidas de proteção do próprio Estado e do regime democrático, tais como:

- instituto da revogação dos poderes dos votos na escolha de determinado representante político;
- limitação ou proibição de reeleição dos titulares do Poder Executivo;
- possibilidade de revogação de mandatos de candidatos eleitos nas hipóteses estabelecidas em lei.

Essas medidas são protetivas, pois preservam o sistema de representação e, conseqüentemente, a própria democracia, na medida em que possibilitam que, eleitos alguns para representar toda a sociedade, se não cumprirem a missão, sejam afastados, evitando-se que a democracia se transforme em simples oligarquia.

A liberdade como pressuposto clássico da democracia está atualmente representada pelos seguintes institutos:

- sufrágio universal;
- equilíbrio das funções do Poder;
- pluralismo partidário;
- autogoverno das diferentes comunidades locais;
- supremacia da lei.

Portanto, o controle dos governantes ocorre mediante um equilíbrio de forças. Se, de um lado, se lhes deve assegurar a liberdade política e de seu exercício individual, de outro, essa garantia deve ser conferida no interesse de quem representam.

3.3. A Democracia nos dias atuais

É difícil encontrar argumentos doutrinários contrários ao regime democrático e a seus princípios basilares. Observa-se que até os países que adotam regimes mais severos, em que houve tomada de poder por organizações de esquerda, afirmam-se democráticos. Os países comunistas declaram-se democráticos apesar da dominação política e militar. O maior exemplo é a China, governada pelo partido comunista. É um Estado com sistema unipartidário, sob o regime de ditadura democrática popular.

Entretanto, a real democracia exige dinâmica diferente, ou seja, a vida política é desenvolvida em um processo de debates e discussões que visam ao atingimento do consenso ou, pelo menos, à vontade da maioria. Isso se dá na busca do bem comum ou do interesse geral.

A palavra **política** (do grego, *politeia*) era usada para se fazer referência a tudo que era relacionado à cidade-estado e à vida em coletividade. Atribui-se aos gregos e aos romanos a criação da política, embora a relação de poder e de autoridade que constituem a política exista desde sempre. De certa forma, a política surgiu para garantir a estabilidade social, sendo seu agente o Estado.

Os fatores marcantes da vida política são as constituições dos países – expressão do poder político – as quais firmam as relações desse poder com a sociedade e a participação dos cidadãos na vida política.

Do ponto de vista dos graus e modalidades da participação política dos cidadãos, os sistemas políticos resumem-se em democrático-pluralista e totalitário.

Participar politicamente pode ser o ato de o cidadão votar, de entrar em contato direto com a estrutura do Poder, de participar de um partido político, de eleições, referendos, revoluções, etc. Pode ser também participar de greves trabalhistas, manifestos políticos; exercer direitos por meio das ações constitucionais; entre elas, a ação popular, ou por intermédio de grupos de representação, tais como associações e sindicatos.

No Brasil, nada obstante os sistemas de liberdade e de participação popular instituídos, o regime democrático está seriamente comprometido. O voto, apesar de consagrado como cláusula pétrea na Constituição de 1988, não vem sendo exercido de maneira eficaz

em razão da descrença da população em representantes honestos. Isso tem contribuído para uma crise política sem precedentes.

Apesar da existência de ações à disposição do povo, elas são pouco usadas e, quando o são, é para defesa mais dos interesses dos órgãos indiretos de representação do que dos representados.

Mas, tanto no Brasil quanto em outras sociedades, tem-se observado o fenômeno da **despolitização**, que se caracteriza pelo desinteresse dos cidadãos pela vida política, bem como pela apatia crescente das massas por assuntos públicos. Normalmente tal situação é reflexo do mau funcionamento do sistema democrático.

Não se deve radicalizar, afirmando que a participação é um mito, pois pode-se alcançar algum nível de participação principalmente nos países que adotam sistemas de governo não autoritários. Contudo, a mera existência de lei que estabelece formas de participação não pressupõe a ocorrência da real participação.

Há um trabalho interessante de SANTOS e SAITO (2006) sobre a participação social em tempos de crise social. Os autores esclarecem como essa participação tem sido debilitada, conforme trecho a seguir:

“Em meio à ampla divulgação e exaltação da defesa do princípio participativo da atual Política Nacional de Recursos Hídricos, cabe destacar que a discussão sobre participação aparece de forma mitificada, sendo apresentada como se o simples fato de estar disposto na lei já seria suficiente para que houvesse uma real participação. É o que aqui se alerta como sendo o mito da participação social. Há diversos aspectos dessa problemática que a caracterizam como mitificação. Um primeiro aspecto dessa mitificação diz respeito à origem da participação. Para a sociedade formal, usualmente, a participação social tem sido posta, ora como “dádiva”, ora como forma de amenizar conflitos decorrentes da gestão de uma determinada política pública. Tanto num como noutro, a participação tem origem nos setores dominantes, e em ambos os casos como concessão, desfigurando a participação como uma conquista histórica dos setores populares. Neste contexto, desqualificada como processo histórico de lutas e conquistas, a participação perde parte de seu potencial emancipatório, e facilmente se entrega aos condicionantes dos setores dominantes, em que a forma de participação é previamente definida nos limites da concessão. O espaço de participação passa a ser regulado pela forma de concessão, e o terreno para o diálogo é previamente preparado para favorecer os interesses dos setores que definiram a concessão.”

Considerando-se a democracia representativa, outro ponto a ser analisado é a representatividade de determinados grupos sociais nos espaços políticos. Atualmente, a participação efetiva de minorias é pequena e, por isso, afeta o sistema de representação popular. Esse contexto leva o regime democrático a ser alvo de críticas e a questionamentos sobre sua legitimidade. Essa é uma grande questão a ser resolvida, sobretudo nas democracias da América Latina e de países emergentes.

Outro ponto que merece destaque é a participação política da oposição, cuja função é a do controle político dos governados sobre os governantes⁴. Em qualquer regime democrático, é essencial a existência de uma oposição realmente ativa, que não represente necessariamente oposição ideológica⁵.

É imprescindível que as minorias tenham voz, pois a sociedade é também por elas composta. Isso não significa que essa voz seja contrária à da maioria, principalmente em grandes discussões de interesse nacional, tais como o funcionamento democrático das instituições, segurança pública, etc. O questionamento da dita oposição deve enfatizar aspectos como oportunidades para todos, metodologias que envolvam o interesse de todos, etc. A rigor, quem estabelece a dialética é a oposição.

Segundo Paiva (1965), reportando-se a Kelsen, “a maior ou menor intensidade da participação do governado na criação da ordem estatal é que dirá, concretamente, se estamos diante de ordem jurídica autocrática ou de ordem jurídica democrática, vale dizer, de governo autocrático, que restringe aquela participação, ou de governo democrático, que assegura e tende a ampliar a participação do governado”.

4- Historicamente, a institucionalização da oposição só se deu com o advento das democracias liberais. A presença de um ou mais partidos de oposição pode descaracterizar um regime político. Exemplos encontram-se nos regimes políticos da democracia liberal, que aceitam partidos políticos de oposição, e nos regimes totalitários, marxista e fascista, que não concebem a existência de ambos em sua estrutura.

5- Infelizmente, o que se observa na história é um jogo de poder, uma tensão entre a situação e a oposição, em que os ideais defendidos servem apenas como um standard para o exercício do poder sobre as massas. Há um ciclo constante: situação, revoltas e revoluções, tomadas de poder, novos regimes. Tudo volta a ser como antes, alterando-se apenas os personagens: uns poucos exercendo o poder, movidos por interesses particulares.

Sobre a participação do povo nas decisões da vida pública, acrescenta:

“Para que tal participação se concretize, torna-se necessário possibilitar ao governado a indispensável liberdade de escolha e de opção política, mediante o estabelecimento de condições capazes de assegurar a legitimidade e autenticidade de representação. Para tanto, devem ser resguardadas as liberdades públicas e as garantias individuais e assegurar o princípio da pluralidade partidária.

Simultaneamente, impõe-se ter em vista que a estrutura das próprias instituições políticas deve ser estabelecida de modo a assegurar o exercício daqueles direitos e daquelas garantias, objetivo a ser atingido mediante a aplicação do princípio da separação de poderes de Montesquieu [...]”

A democracia, segundo o autor, é uma filosofia e um estilo de vida; um modo de sentir, de pensar e de agir; uma norma de conduta que exalta a pessoa humana e a considera como componente indispensável da vida social, isto é, como sujeito primário do poder.

4. A Democracia e a Crise Financeira

Para abordar a questão da crise financeira, é preciso discorrer sobre o sistema capitalista.

O sistema mundial atual é um produto do capitalismo industrial transnacional, que integra tanto setores pré como pós-industriais. Antes do capitalismo industrial, vigorou, no século XV, o capitalismo comercial ou pré-capitalismo. Esse sistema espalhou-se pelo mundo, principalmente na Itália, Espanha, Portugal, Alemanha, França, Inglaterra e Países Baixos. Nesse processo, ocorreram grandes transformações econômicas, políticas e sociais. Foi também a época das colonizações empreendidas por Espanha e Portugal nos territórios africano e americano, o que propiciou grande desenvolvimento do poder econômico e político da burguesia comercial, além do desenvolvimento do sistema bancário.

Com a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra no século XVIII, enfraqueceu-se o capitalismo comercial, vindo a surgir a mecanização e expansão das indústrias.

Essa fase pode ser dividida em três partes:

- Primeira Revolução Industrial (do século XVIII ao XIX): máquina de fiar, tear mecânico e máquina a vapor.
- Segunda revolução Industrial (século XIX e início do XX): desenvolvimento da energia elétrica, invenção dos automóveis e aviões, telégrafo, telefone, televisão e cinema, surgimento das vacinas e antibióticos.
- Terceira Revolução Industrial (a partir do século XX): avanço da metalurgia, da tecnologia e da ciência, conquista espacial, progresso da eletrônica, uso de energia atômica, desenvolvimento da engenharia genética e biotecnologia.

O comércio não deixou de ter importância. Porém, a partir de meados do século XVIII, as atividades industriais passaram a ganhar maior relevância econômica.

A desigualdade social – que sempre existiu – acentuou-se bastante nesse período, pois os lucros ficavam quase integralmente com os donos de indústrias, que pagavam salários muito baixos aos operários. Outras situações foram eclodindo, isto é, mão de obra assalariada, êxodo rural, baixos salários, mínimo de proteção de direitos, até que, no início do século XIX, surgiram os monopólios.

Dada a elevada concentração de capital nas mãos de industriais e banqueiros, surgiram os trustes, os cartéis, além dos conglomerados, dos quais se originaram as *holdings*. Dessa forma, o capitalismo financeiro foi consolidando-se nas mãos das grandes empresas, normalmente dominadas por uma família, *holdings* ou bancos. Tais empresas tornaram-se poderosas, expandindo-se com a internacionalização do capital. Grandes grupos econômicos surgiram nesse período, por exemplo, Mitsubishi e General Motors.

A globalização é, sobretudo, econômica e caracteriza-se pelo conjunto de mudanças no processo de produção de riquezas, nas relações de trabalho, no papel do Estado, nas formas de dominação sociocultural e pela facilitação dos fluxos de pessoas, capitais e informações ao redor do mundo.

Com a queda do bloco socialista pós-Guerra Fria (1989), o capitalismo foi levado ao mundo todo e impulsionou o processo de globalização. Novos mercados consumidores foram abertos; governos e grandes

empresas intensificaram medidas e políticas neoliberais, que favorecem a iniciativa privada, ampliando a circulação de capitais entre os países.

Atualmente, mercados mundiais importantes são dominados por um pequeno número de corporações multinacionais ou transnacionais que concentraram capitais por meio de fusões e/ou aquisições, apesar de haver, em diversos países, leis editadas para evitar a concorrência desleal.

Observa-se que os séculos XIX e XX foram marcados por crises financeiras. O mundo assistiu à corrida aos bancos em períodos de recessão; ao estouro das “bolhas” financeiras e à quebra do mercado de ações; aos ataques especulativos à moeda de países; às dívidas financeiras e renegociações ou suspensões de pagamentos; à intervenção do Fundo Monetário Internacional na economia dos países tidos por emergentes; a crises bancárias e quebras de sistemas financeiros (como o ocorrido na Argentina nos anos 2001-2002), etc.

As crises continuam a ocorrer com certa regularidade, de modo que é possível inferir que são inerentes ao funcionamento da economia capitalista. Trata-se de um eterno ciclo: expansão, *boom* econômico e queda, em geral precedida por uma recessão; insatisfação popular, normalmente manipulada por algum grupo de poder; queda de governos, ascensão de outros e nova expansão.

A crise econômica de 2008, que atingiu a economia de todo o planeta, é a mais forte desde a de 1929, com reflexos que se estendem até os dias atuais⁶.

Pode-se dizer que essa crise irrompeu do sistema de funcionamento do mercado de crédito hipotecário americano. As hipotecas são um dos principais mecanismos de aquisição de empréstimos nos Estados Unidos: trata-se da oferta da casa de moradia ou de outro imóvel em garantia de pagamento de empréstimo financeiro. Os bancos antecipavam o recebimento do dinheiro emprestado, transformando

6- Na obra *A grande crise financeira do início do século XXI*, MATEUS (2009) explica que, na origem das crises financeiras, estão geralmente bolhas especulativas. Foi assim na atual crise (o livro foi editado em 2009) com os preços das casas de habitação, com as ações das novas tecnologias, com a especulação. “Estas bolhas estão também em geral associadas com acentuados desequilíbrios nos balanços dos agentes econômicos, que são alimentados por forte expansão da liquidez e uma subavaliação generalizada do risco.”

a dívida em título, ou seja, créditos foram securitizados e vendidos a bancos de investimentos.

Em razão desse fluxo, houve uma “explosão” de crédito hipotecário que alimentou a construção civil. Mais imóveis eram ofertados com o atrativo de crédito fácil. A facilidade de crédito disponível começou a inflar os preços dos imóveis americanos, e as famílias podiam fazer mais de uma hipoteca com o mesmo bem, o que gerou o fenômeno de “bolha” no mercado hipotecário.

Com as garantias esvaziadas, os imóveis não cobriam, suficientemente, os títulos emitidos e vendidos. Esses papéis foram chamados de *subprime* e continuaram a ser negociados, “garantidos” pelas avaliações das agências de risco⁷. Assim, em virtude da inadimplência, cresciam os preços dos imóveis e os títulos continuavam a ser emitidos e negociados. Em 2007/2008, a situação entrou em colapso, e grandes bancos como o Lehman Brothers foram à falência.

Decorridos dez anos da crise de 2008, observa-se o neoliberalismo em decadência, apesar de tratar-se de posição não admitida nos meios econômicos e políticos, senão acadêmicos, por levantar a tão polêmica questão da perda de legitimidade dos Estados no mercado financeiro. Contudo, em alguns países europeus e nos EUA, há um afastamento cada vez maior entre as instituições democráticas e a população – sobretudo na Europa, onde, em virtude da União Europeia, as decisões políticas ficaram longe do controle popular.

As urnas têm refletido esse contexto ante a votação expressiva em candidatos conservadores. Veja-se, por exemplo, a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos. Os democratas escolheram Hillary Clinton para concorrer às eleições em detrimento de um candidato que se dizia socialista, Bernie Sanders. Apesar das denúncias de fraude, Trump, com seu discurso conservador e preconceituoso, acabou vencendo as eleições.

Na França, o fato de Le Pen ter concorrido às eleições presidenciais mostra que ideias fascistas estão ganhando projeção. O candidato de esquerda eleito, Macron, apesar de ter tido 66% dos votos válidos no segundo turno, não representou a maioria, senão apenas 41% do eleitorado francês, dado o número de abstenções.

7- A partir desse evento, as agências de classificação de risco tiveram seus conceitos abalados porque, antes da quebra das instituições financeiras, deram a elas avaliações máximas.

No Brasil, a situação está diferente. Nos últimos anos, sob um governo que hasteia a bandeira da esquerda e funciona de forma neoliberal, além de adotar políticas assistencialistas – concessão de crédito e distribuição de dinheiro à população miserável –, o Estado, no âmbito econômico, curva-se ao mercado, mantendo as estruturas de poder.

A crise de 2008 trouxe à tona a tensão existente entre a democracia e as instituições capitalistas que, não sendo antidemocráticas nem democráticas, buscam a manutenção de seu próprio *status*, e as formas de governo apenas atendem a isso.

O que virá a seguir? O retorno de uma forma autoritária de governo, mesmo que seja com nova face, customizada segundo os tempos atuais?

5. Crise Econômica e Financeira no Brasil

Países em desenvolvimento como o Brasil, a China, Índia e África do Sul, não sentiram a crise de 2008 visto que seus mercados estavam fortalecidos.

Como a economia está globalizada, os reflexos da crise acabaram alcançando o Brasil, seja por meio do mercado financeiro – queda da bolsa, elevação do risco e desvalorização do câmbio –, seja por meio do comércio internacional, pois, sendo a economia brasileira basicamente dependente das exportações de *commodities*, a recessão que atinge seus parceiros comerciais o afeta diretamente.

Tais efeitos, porém, foram amenos, pois o país estava com boa reserva em dólares, diminuindo a vulnerabilidade externa. Para conter os efeitos da crise, o governo adotou algumas medidas: a) leilões de venda de dólares para amenizar a desvalorização da moeda nacional em relação a outras moedas; b) redução dos depósitos compulsórios a fim de aumentar a oferta de crédito ao público consumidor e induzir o consumo interno.

Todavia, sendo as exportações brasileiras expressivas em *commodities* (matéria-prima agrícola e industrial) e tendo em vista que a economia mundial tem sido alavancada por Estados Unidos e China, que passaram a demandar menos matéria-prima, houve impactos na economia local ao longo dos anos.

O Banco Central adotou medidas para a implementação do mercado interno, a exemplo da redução da taxa de juros e da redução do *spread* bancário, implementadas pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal. Também reduziu impostos e facilitou o crédito em programas sociais como o *Minha Casa, Minha Vida*.

No entanto, a questão no Brasil não se reduz à crise econômica, que seria contornável, já que se trata de um dos países com mais recursos naturais do mundo e com um vasto potencial para produzir, embora não o faça. Também é um dos países que mais arrecadam impostos, nada obstante a forma equivocada tanto de arrecadação quanto de distribuição⁸.

Vivencia o país uma crise sistêmica ou endêmica, que abrange graves problemas econômicos, estruturais e sociais. Apesar disso, não se verifica um empenho da população em discutir questões importantes como recessão, desemprego, concentração, distribuição de rendas. O senso comum parece afetado, pois é crescente o entendimento equivocado de que a corrupção é unicamente governamental, apesar de setores privados serem coparticipantes.

Essa crise político-social por que passa o Estado brasileiro tem posto em xeque o próprio sistema democrático, com representantes contaminados que estabelecem metas e agenda política para atender a interesses escusos; com representados que nada fazem para retomar o poder, exigir e fazer valer seu voto.

Nesse cenário, os chamados departamentos de *compliance* das empresas parecem ter um papel meramente fictício, visando mais à concorrência que ao mercado. Apática, a população contenta-se com a execração diária da classe política, sem enxergar para além do Estado e dos políticos. Quando se chega ao setor privado, as mentes estão contaminadas no sentido de entender que o lucro em si é algo ruim.

É uma situação de verdadeiro recuo da democracia. Os problemas advindos dessa realidade não são considerados à luz do conhecimento do que seria melhor para a nação. Um exemplo oportuno são as cifras astronômicas que foram gastas com a Copa do Mundo de 2014 e as

8- Entre os 30 países com a maior carga tributária no mundo, o Brasil é o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem-estar da sociedade (FONSECA, 2017).

Olimpíadas de 2016, eventos totalmente indevidos em um país onde os recursos financeiros estão sendo desviados de setores básicos⁹.

Atualmente, o país nutre expectativas acerca dos resultados das eleições 2018, em que boa parte dos ocupantes de cargos nos Poderes Legislativo e Executivo serão trocados, inclusive o presidente da República. Projetos sobre infraestrutura, concessões e investimentos em empresas ainda não saíram do papel. Ademais, a falta de governabilidade do presidente e do Congresso leva a economia à espera.

Nos próximos meses, a pauta das discussões públicas tratará de alianças partidárias, de definição dos possíveis cenários políticos. Não há muito que se esperar em termos de parâmetros econômicos, ou seja, o Brasil está paralisado.

6. Soluções

Há quem diga que a crise financeira decorre do próprio capitalismo, que seria um sistema voltado para a busca de lucros e acúmulo de capital. Na verdade, crises são previsíveis nos sistemas políticos, inclusive nas democracias. Ciclos de incertezas e instabilidade alternam-se com períodos de progressos.

A busca do lucro não gera crise em si. O que gera crise é a busca do lucro sem considerar os meios: a riqueza à custa da miséria. Essa não é a filosofia do capitalismo, mas do elemento pensante do e no capitalismo, ou seja, o homem. O capitalismo é um sistema, tal como uma máquina, que precisa de impulso e gestão.

Levando em consideração o sistema democrático vigente, observa-se que as constituições dos países, em sua maioria, contemplam, em seus princípios e normas positivadas, soluções para as crises políticas – os textos indicam o espaço de atuação dos Poderes constituídos e estabelecem limites e formas de controle entre Poderes. O mecanismo geralmente adotado é o de controle e autocontrole do Estado que, dessa forma, deveria exercer suas competências em prol do interesse

9- Exemplo que reúne vários elementos: decisão tomada à revelia da população; justificativa populista do presidente da república à época de que o Brasil mostrar-se-ia uma nação organizada, moderna e preparada aos olhos do mundo. Na prática, foi palco para desvios de dinheiro, num esquema conhecido; restaram dívidas públicas e vários “monumentos” (estádios) subutilizados.

do povo, mesmo que vigente o sistema neoliberal. O controle bem exercido poderia evitar as grandes crises políticas, institucionais, sociais e financeiras.

No regime democrático de governo, a divisão de Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário pode, de certa maneira, ser entendida como uma forma de *controle* de um Poder sobre o outro.

Há também o exercício de controle por outros órgãos, o controle externo, de competência, por exemplo, do Tribunal de Contas da União, na esfera federal, e dos tribunais de contas estaduais e municipais, que devem fiscalizar os gastos públicos. Ainda existem as controladorias, ligadas ao Poder Executivo.

Existem as agências reguladoras, criadas para fiscalizar os serviços públicos prestados pela iniciativa privada. Tais agências são órgãos governamentais que fiscalizam, regulamentam e controlam produtos e serviços de interesse público. A regulação federal das diversas atividades e setores da economia pelo Estado está diretamente ligada aos direitos do cidadão, como consumidor, e à proteção da sociedade como um todo¹⁰.

Há os órgãos do Ministério Público nas esferas federal e estadual, que atuam nos municípios; as corregedorias de justiça, o Conselho Nacional de Justiça e, de certa forma, o Poder Judiciário, pelo poder de determinação, mediante suas decisões, sobre os demais Poderes, mesmo que só possa exercê-lo quando provocado.

Atualmente, tem-se falado em controle social, ou seja, o controle da sociedade sobre as ações do Estado como forma de permitir que os próprios cidadãos participem da gestão da coisa pública.

O Brasil adota a democracia constitucional, que contém mecanismos de autocontrole, estando o Estado absolutamente submetido às normas que cria. Há um princípio que rege todo o sistema de normas

10- Atualmente, há dez agências reguladoras federais: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento do Distrito Federal (ADASA), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

no direito brasileiro, isto é, o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Se direcionado ao Estado e aos administradores públicos, o princípio versa sobre a necessidade de se fazer estritamente o que a lei determina: se ao cidadão é permitido fazer o que a lei não proíbe, ao Estado é vedado fazer o que a lei não permite.

Quanto aos cidadãos, a mais direta forma de exercício de controle está nas ações constitucionais (coletivas), o que recai no próprio exercício de controle entre os Poderes, já que quem decide é o Poder Judiciário, mesmo que provocado pelo cidadão.

Contudo, a falta de cultura participativa e fiscalizadora, perfil da sociedade brasileira, associada a uma certa apatia política, facilita a corrupção política, ficando o controle social restrito a teorias.

Uma sociedade de regime democrático que dele não faz uso adequado tende a definhar. O caminho para um regime autoritário é certo.

De qualquer forma, o tema **participação social** tem tido evidência, principalmente após a Constituição Federal de 1988, quando a legislação brasileira passou a prever inúmeras outras formas de representação e fiscalização.

A título de exemplo, estão aí as associações de defesa, tais como a de consumidores, aliás, bem atuantes. Por meio delas, soluções que afetam a economia têm sido requeridas ao Poder Judiciário com relativo sucesso. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre os planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, conferindo aos consumidores com depósitos em cadernetas de poupança o direito de receber diferenças de índices de ajustes aplicados por determinação governamental.

Além disso, espaços públicos institucionais começaram a estruturar-se, tais como os conselhos de políticas públicas e as conferências, que têm como princípio a participação, representação, deliberação e publicidade. É relevante o fato de que tais conselhos têm poder de decisão e deliberação sobre as políticas públicas.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição Federal assegura aos cidadãos as seguintes formas de participação:

- peticionamento para defesa de direitos (art. 5º, XXXIV);
- fiscalização das contas municipais (art. 31, § 3º);
- denúncia de irregularidades ou ilegalidades (art. 74, § 2º);
- exercício do controle social por meio de políticas de saúde (art. 198, III), de assistência social (art. 204, II) e de educação (art. 206, VI);
- cooperação, por meio de associações, no planejamento municipal (art. 29, XII);
- recebimento de informações das autoridades (art. 5º, XXXIII), promoção de ações judiciais e representações (art. 5º, LXXIII).

Ressalte-se que não se pode falar em soluções para crises financeiras sem considerar um dos pontos nevrálgicos: o sistema tributário. O modelo tributário de todos os tempos, idealizado para assegurar a sustentação do Estado, raramente cumpre esse propósito pois, além de os tributos arrecadados financiarem e movimentarem o mundo, são aplicados em projetos com as quais as populações dificilmente concordariam: financiamentos de armas e guerras.

Indaga-se: o que seria das nações se o fruto de arrecadações tributárias fosse empregado para o fomento do conhecimento humano, para o oferecimento de educação que realmente levasse o homem a sair da miséria não só física, mas moral e intelectual? Certamente, discussões como distribuição de renda, crises, reformas tributárias e corrupção não estariam mais na pauta social.

Fala-se muito que o Brasil deve adotar um modelo tributário que assegure a subsistência do Estado e priorize os direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. É dito que o sistema tributário não pode conceder tratamento privilegiado à renda dos capitalistas. De fato, a política tributária deve contemplar a questão da distribuição de renda, mas, antes de tudo, deve garantir que o dinheiro seja bem aplicado em favor social, promovendo o desenvolvimento econômico do país.

Atrrelada à política fiscal, está a política econômica, devendo existir coordenação entre ambas para que se alcancem resultados em longo ou curto prazo. Tratando de crises financeiras, além de medidas pontuais, ditas como de curto prazo, são as de longo prazo que, normalmente, afetam a estrutura econômica de um país.

Nada obstante correntes modernas de pensamentos defenderem a não intervenção do Estado, é certo que se deve buscar equilíbrio entre os agentes econômicos e sociais, de forma que algum nível de intervenção é necessário. Essa intervenção ocorre mediante políticas econômicas, fiscais e sociais, sobretudo mediante a conscientização do eleitor para escolher seus representantes.

7. Conclusão

Na década de 70, iniciou-se um processo de **financeirização** da riqueza, no qual se valoriza o capital dissociando-o da esfera de produção, por meio de mecanismos de transferência líquida de renda e riqueza, apoiada na valorização de títulos privados e públicos.

Esse tipo de economia é bem favorável a crises financeiras, visto que a sobrevalorização dos títulos negociados no mercado global não corresponde aos crescentes desequilíbrios entre as efetivas oferta e demanda de bens e de serviços do mercado global.

Uma possível saída para essa crise seria a acomodação da população não só no cenário produtivo e sim, também, no de circulação de riquezas. Não aquelas controladas pelo Estado, mas as decorrentes de novas configurações do capitalismo contemporâneo, em que deverá estar evidente a retomada dos investimentos.

Atualmente, embora se busque certa hegemonia num planeta onde a moeda não tem mais lastro financeiro e ainda viceja a pluralidade de culturas que defendem a liberdade, estudos recentes têm demonstrado que a estabilidade das políticas públicas dependerá de sua coerência interna.

Enquanto muitos afirmam a necessidade de se ir além do modelo de democracia representativa liberal, outros sustentam que as políticas mais representativas tendem a apresentar melhores resultados e estabilização econômica e social. Confira-se:

“O fato é que evidências empíricas começam a se acumular em direção à ideia de que sistemas políticos mais representativos e/ou de sociedades mais inclusivas em termos de tomadas de decisões podem ter melhores desempenhos econômicos. Mesmo que tais evidências ainda não permitam afirmações seguras relativas aos impactos dos arranjos democráticos consensuais no desempenho governamental ou nos resultados substantivos para a economia e a sociedade, em termos de desenvolvimento econômico, emprego, bem-estar social,

entre as variáveis fundamentais, é importante ressaltar que já começa a ser quebrado o pressuposto dominante de que a concentração de poder (que é uma forma de redução da esfera política) seja condição necessária para a efetividade dos governos ou a governabilidade.” (LOUREIRO e ABRUCIO, 2012.)

A liberdade política permite que os cidadãos participem do governo de seu país por meio de mecanismos previstos nas legislações específicas. Essa liberdade significa, além de votar e ser votado, participar efetivamente das decisões e definições de prioridades, elaboração de leis, fiscalização e manifestação de ideias.

A liberdade de expressão e de manifestação dos cidadãos está intrinsecamente associada ao regime democrático, que só existe a partir do debate e da construção de consensos. Não é por outra razão que as economias mais desenvolvidas, mais maduras e mais justas do ponto de vista social são exatamente aquelas em que o processo democrático é permanente, com liberdade de expressão, incentivo à livre iniciativa e existência de uma plataforma social que suporte os resultados dessa iniciativa na expressão comercial.

É evidente que há necessidade de certa interferência estatal para equilibrar os lados da balança social.

As crises não ocorrem por acaso nem são consequência de sistemas políticos, embora esses possam criar um ambiente favorável para tanto. Crises surgem do elemento pensante dos sistemas, ou seja, do homem. É o homem que as provoca, ele mesmo as combate, alternando-se momentos de prosperidade e decadência. Isso perdurará até que ele pense na perspectiva da coletividade.

Para finalizar, é oportuno o texto de Medeiros (2016) sobre integridade. O autor, utilizando-se da estrutura da Carta de Paulo aos Coríntios, capítulo 13, escreveu:

“Ainda que eu fale a língua dos intelectuais ou do cidadão inculto, se eu não tiver integridade, serei como o metal que soa ou como o sino que tine.

Ainda que tenha o dom da política, e conheça toda essa ciência, e ainda que tenha fé na mudança, de maneira tal que transporte montanhas, sem integridade eu nada sou.

Ainda que eu distribua toda minha fortuna aos pobres, defenda o socialismo e critique o capitalismo, sem integridade, nada disso me aproveitaria.

A integridade é benigna e não é invejosa; não trata com leviandade nem se ensoberbece.

Não quebra com o decoro, não busca seus interesses, não se irrita, não se regozija com o mal.

Mas se alegra com a justiça e com a verdade.

A integridade luta, crê, espera, suporta.

A integridade pode ter falhas, porque em parte conhece e em parte ignora.

Mas jamais deixa de combater e lutar contra a corrupção.

E agora permanecem estes três males: a corrupção, a injustiça e a improbidade, mas destas, a corrupção é a maior.”

8. Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série nº 6. Brasília: UnB, jul./dez. 1998.

FILGUEIRAS, Luiz. A crise do mercado imobiliário dos EUA e suas implicações para a economia brasileira. In *Revista Conjuntura & Planejamento Econômico* nº 156. Salvador, jul./set. 2007.

FONSECA, Marcelo. Imposto no Brasil é alto, mas o retorno em serviços é baixo. In *Jornal Estado de Minas*, abr. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml>.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz. Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo. In *Rev. Econ. Polít.*, vol. 32, nº 4. São Paulo, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572012000400005>.

MATEUS, Abel M. *A grande crise financeira do início do século XXI*. 1. ed. Lisboa: Deplano Network SA, 2009.

MEDEIROS, Alessandro M. Integridade versus Corrupção. In *Sabedoria Política*, 2016. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/integridade-versus-corrupcao>>.

PAIVA, Alfredo de Almeida. Regimes Políticos e Sistemas de Governo Contemporâneo. In *Rev. Públ. e Ciência Política*, vol. VIII, nº 3. Rio de Janeiro, set./dez. 1965.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2002.

SANTOS, Irenilda Ângela dos; SAITO, Carlos Hiroo. A mitificação da participação social na política nacional de recursos hídricos – gênese, motivação e inclusão social. In *Geosul*, vol. 21, nº 42. Florianópolis, jul./dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/12810/11993>>.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. In *Dados*, vol. 40, nº 3. Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WACHHOLZ, Roberta Negrão Costa. Uma análise de “O futuro da democracia” de Norberto Bobbio. In *Conteúdo Jurídico*, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-analise-de-o-futuro-da-democracia-de-norberto-bobbio,51692.html>>.

Proteção de Dados Pessoais no Setor de Seguros: a boa-fé objetiva como fonte irradiadora de deveres e os reflexos da Lei nº 13.709/2018 na relação entre Segurado e Seguradora

Mario Viola¹

Leonardo Heringer Matos²

Resumo: Nas relações contratuais a informação é elemento crucial. Nos contratos submetidos à Lei nº 8.078/90, por exemplo, o direito à informação é estatuído como um direito básico do consumidor e está inegavelmente associado à livre manifestação de sua vontade. De igual peso é a informação para a formação dos negócios jurídicos não abrangidos pelo diploma consumerista, prevendo o Código Civil Brasileiro hipóteses de sua anulação quando ocorrente situação em que a falha ou a omissão deliberada de determinada informação seja apta a viciar a declaração da vontade de qualquer dos contratantes. Nos contratos de seguro, por sua vez, a informação assume papel ainda mais central, uma vez que somente através da análise das informações pessoais do segurado é que se torna possível para a empresa seguradora mensurar a viabilidade da aceitação da proposta e determinar de maneira justa o valor do prêmio. Ou seja, uma empresa que atua no ramo de seguros só é capaz de adequadamente avaliar os riscos do contrato e com isso aquiescer com a contratação, quantificando o valor do prêmio do seguro, quando tem a seu dispor as informações relacionadas à pessoa do segurado e ao objeto do seguro. Sem essas informações corre-se o risco de haver uma contratação economicamente inviável, mediante o estabelecimento de um valor de prêmio de forma desproporcional ao risco, comprometendo o necessário equilíbrio econômico do contrato. Não por outra razão que a predeterminação do risco (leia-se: prévio conhecimento das circunstâncias e dos riscos envolvidos na contratação) foi considerada como elemento integrante do próprio conceito de seguro estabelecido pela legislação brasileira.

1- Advogado e consultor sênior de Borges e Schumacher Advogados. É pesquisador associado do *Centre for Media Pluralism and Media Freedom* do *European University Institute*. É Doutor em Direito pelo *European University Institute* e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

2- Advogado e sócio de Borges e Schumacher Advogados. Graduado em Direito pela Faculdade de Valença, foi Coordenador Jurídico da Secretaria de Saúde do Município de Barra do Piraí entre os anos de 2013-2014.

Em contrapartida, se por um lado é imprescindível que aquele que pretende contratar um seguro tenha de prestar, de forma veraz, as informações que lhe forem solicitadas pela seguradora quando da apresentação da proposta, há de se reconhecer que a seguradora, ao receber essas informações pessoais, muitas das vezes relacionadas à intimidade e à vida privada do indivíduo, assume a responsabilidade pela sua devida guarda e proteção. Partindo da premissa da relevância da informação nos contratos de seguro é que se justifica a abordagem desse estudo, uma vez que estando as empresas de seguro de posse de informações pessoais de seus clientes, caberá a elas proteger esses dados para que os mesmos não sejam indevidamente divulgados e também não sirvam para finalidades distintas daquelas para as quais foram coletados, a não ser que, quanto a este último ponto, exista um fundamento legítimo para tanto. Essa questão ganha contornos ainda mais relevantes com a recente aprovação da Lei nº 13.709/18 que dispõe sobre a proteção de pessoais. Assim, o presente trabalho irá abordar o tema da proteção de dados especificamente nos contratos de seguro, apresentado as normas e os princípios que, a nosso sentir, com base na normatização que já existia, devem ser observados nessa espécie de contrato, e os reflexos que a nova lei sobre proteção de dados terá sobre o setor de seguros.

Abstract: Information is a crucial element in contractual relationship. Regarding contracts under Law N. 8,078/90 (Brazilian Consumer Code), for example, the right to information is established as a basic consumer right and is undeniably associated with the exercise of their autonomy. In the same vein is the role of information for other contracts not covered by the Consumer legislation, as the Brazilian Civil Code provides for situations in which a contract can be considered voidable due to a deliberate failure or omission of certain information which is likely to vitiate the declaration of the will of any of the contractors. As far as insurance contracts are concerned, information assumes an even more central role, since the insurance company depends on the analysis of the policyholder personal information to properly assess the risk in order to decide whether to accept or not a risk and to establish the cost of the insurance premium. It means that an insurance company is only able to properly evaluate the risks of the contract and thereby underwrite the risk, if it has at its disposal information related to the policyholder and the insurance subject which allows it to properly quantify the insurance premium. The lack of information may lead to contracts that are economically unfeasible, due to underestimation of the premium value in relation to the risk, compromising the necessary economic balance of the contract. It is not by chance that predetermination of the risk (meaning prior knowledge and evaluation of the circumstances and risks involved in underwriting) was considered by Brazilian law an structural element of the concept of insurance. If on one hand it is essential to the eventual policyholder to provide all the information requested by the insurer when the proposal is submitted, on the other hand, it must be recognized that the insurer assumes responsibility for the proper custody and protection of the information it holds, which is often related to individual

privacy. The approach adopted in this study is based on assumption that information is relevant in insurance contracts, as insurance companies possess personal information of their clients, it is up to them to protect their clients' personal data from unduly disclosure and misuse as well to ensure that such data will not be used for diferente purposes from the ones they were collected, unless there is a legitimate bases for that. This subject becomes even more complex with the recent approval of the law on the protection of personal data (Law n. 13.709/18). Therefore, this paper will specifically with data protection from an insurance contract's perspective, presenting the rules and principles that are based on the existing legislation, which, in our opinion, should be following in this kind of contract, and will discuss the impact the new law on the protection of personal data will have on the insurance sector.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais, boa-fé objetiva, novas tecnologias, informação, proteção da privacidade.

Keywords: Personal data protection, objective good faith, new technologies, information, privacy protection.

1. Introdução

Nas relações contratuais a informação é elemento crucial. Nos contratos submetidos à Lei nº 8.078/90, por exemplo, o direito à informação é estatuído como um direito básico do consumidor (art. 6º, incisos II, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor³) e está inegavelmente associado à livre manifestação de sua vontade (consentimento informado ou vontade qualificada⁴). De igual peso é a informação para a formação

3- "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

(...)"

4- "O direito à informação não se exaure em si mesmo, tendo por finalidade assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas. Cuida-se do que a doutrina vem denominando de consentimento informado ou vontade qualificada que, na lição de Sergio Cavalieri Filho, parte do pressuposto de que "sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos, a mais correta" (*Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83)" (REsp 1.144.840/SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 20/3/2012).

dos negócios jurídicos não abrangidos pelo diploma consumerista, prevendo o Código Civil Brasileiro hipóteses de sua anulação quando ocorrente situação em que a falha ou a omissão deliberada de determinada informação seja apta a viciar a declaração da vontade de qualquer dos contratantes⁵. Portanto, eventual incorreção na informação levada em consideração para a formação do contrato, desde que apta a contaminar o *animus contrahendi*, é capaz de atingir o negócio jurídico no plano de sua validade⁶, na clássica divisão estabelecida pela “Escada Ponteana”.

E nos contratos de seguro a informação assume papel ainda mais central, uma vez que somente através da análise das informações⁷ pessoais do segurado é que se torna possível para a empresa seguradora mensurar a viabilidade da aceitação da proposta e determinar de maneira justa o

5- Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

6- “Os defeitos dos negócios jurídicos, por radicarem em manifestação de vontade deficiente, mas não insuficiente, dizem respeito à proteção dos interesses particulares envolvidos, razão por que não são necessariamente nulos. Apenas as partes ou terceiros prejudicados pela exteriorização de vontade deficiente têm interesse na declaração judicial da invalidade do negócio jurídico. Se não o fazem, o negócio jurídico produz todos os efeitos jurídicos decorrentes. A deficiência não impede que o negócio jurídico transite no plano da eficácia.” (Lôbo, Paulo, in *Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo, 2013, p. 256).

7- Para fins didáticos, nesse trabalho os termos “dados” e “informação” serão empregados indistintamente, embora não sejam sinônimos, como adverte o professor Danilo Doneda: “*Em relação à utilização dos termos “informação” e “dado”, é necessário notar preliminarmente que o conteúdo de ambos os vocábulos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica uma certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos servem a representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, cada uma carrega um peso particular a ser levado em conta. Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos por exemplo em um autor que entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para seu receptor. Sem aludir ao significado ao conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo — daí que a informação carrega em si também um sentido instrumental, no sentido de uma redução de um estado de incerteza.*” (In *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006, p. 152.)

valor do prêmio. A relevância da informação nessa espécie de contrato é tão significativa, que o legislador brasileiro previu a possibilidade de se obstar o pagamento da indenização quando *“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”*⁸.

Ou seja, uma empresa que atua no ramo de seguros só é capaz de adequadamente avaliar os riscos do contrato⁹ e com isso aquiescer com a contratação, quantificando o valor do prêmio do seguro, quando tem a seu dispor as informações relacionadas à pessoa do segurado e ao objeto do seguro. Sem essas informações, corre-se o risco de haver uma contratação economicamente inviável, mediante o estabelecimento de um valor de prêmio de forma desproporcional ao risco, comprometendo o necessário equilíbrio econômico do contrato.

A professora Maria Inês de Oliveira Martins menciona a expressão “sustentabilidade da atividade seguradora”, ao discorrer a respeito da necessidade de a seguradora subsidiar o aceite da contratação às informações do segurado:

“A sustentabilidade econômica da atividade do segurador está intimamente ligada à sua possibilidade de avaliar corretamente o risco a cobrir. Essa avaliação requer a obtenção de informações

8- 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. (Código Civil)

9- Não se desconhece a discussão doutrinária existente acerca da classificação do contrato de seguro (aleatório ou comutativo). Todavia, adotamos a corrente que entende tratar-se de contrato aleatório, *“porque se encontra fundado na ocorrência ou não do risco. Por conseguinte, as obrigações não são equivalentes, em face da natureza aleatória do contrato. Depende, portanto, de acontecimento futuro e incerto, seja quanto à sua realização, seja quanto à data de ocorrência. O segurado por “perder” ou “ganhar”, o mesmo acontecendo com o segurador, se considerado um contrato isoladamente, mas não na totalidade das apólices emitidas, já que estas compensam os prejuízos uns dos outros (segurados).”* (MARTINS, João Marcos Brito, in *Direito de Seguro, Responsabilidade Civil das Seguradoras*, 2ª ed. Forense Universitária, 2004, p. 35). Nossa convicção quanto a essa classificação se reforça diante da literalidade do art. 458 do Código Civil Brasileiro, de onde pode se extrair o conceito de contrato aleatório: *“se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”*, o qual se amolda à perfeição à definição do contrato de seguro.

sobre as características do bem ou sujeito sobre o qual incide o risco de segurar.

Tal avaliação dirige-se, antes de mais, a determinar o valor dos montantes a desembolsar no futuro. Com efeito, apenas quando o segurador reúne informação bastante sobre as características do bem ou sujeito sobre o qual incide o risco a segurar logra proceder à sua classificação. Segundo técnica seguradora tradicional, o segurador calcula as suas perdas prováveis por referências à probabilidade de sinistros aferida para grupos de segurados portadores de determinadas características homogêneas — assim, para um seguro de saúde calcula, vg., os custos prováveis com cuidado de saúde que os sujeitos com idade compreendida entre 20 e 30 anos e profissões de desgaste físico baixo terão no ano seguinte. Agrupando-se em carteira um grande número de bens ou sujeitos com características homogêneas sujeitos a um determinado risco, não só acontecerá neste conjunto uma percentagem de sinistros aproximada da que resulta dos dados estatísticos para uma população com essas características, como haverá uma menor dispersão das perdas individuais em relação à média. O segurador poderá, de um modo aproximado, saber de antemão quais as perdas prováveis totais que esse grupo enfrentará. E, dividindo estas perdas prováveis totais pelo número de segurados desse grupo, terá a base do cálculo do prêmio a cobrar a cada um.

*Pelo que, em suma, só conhecendo as características particulares do candidato em causa poderá o segurador reconduzi-lo a um destes grupos e logar o prêmio adequado às perdas prováveis que um sujeito com aquelas características terá.” (CARLINI, Angélica e MIRAGEM, Bruno - orgs - , Da Assimetria Informativa ao Excesso de Informação. In *Direito dos Seguros: Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*, RT, pp . 332/333.*

Não por outra razão que a predeterminação do risco (leia-se: prévio conhecimento das circunstâncias e dos riscos envolvidos na contratação) foi considerada como elemento integrante do próprio conceito de seguro estabelecido pela legislação brasileira (Código Civil), *verbis*:

*“Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, **contra riscos predeterminados**.” (sem grifos no original).*

Essa centralidade da informação nos contratos de seguro ganha contornos mais delicados quando se refere aos seguros de pessoas e

de saúde¹⁰, uma vez que nesses tipos de contratos, em particular, são as informações de natureza pessoal que possibilitam a exata predeterminação dos riscos, sendo as circunstâncias pessoais do segurado os elementos de aferição da álea contratual. Por conseguinte, serão as informações pessoais fornecidas pelo segurado quando da apresentação da proposta¹¹ o ponto de partida para que a seguradora analise os riscos e, eventualmente, aceite a contratação e estipule o valor do prêmio.

Em contrapartida, se por um lado é imprescindível que aquele que pretende contratar um seguro tenha de prestar, de forma veraz, as informações que lhe forem solicitadas pela seguradora quando da apresentação da proposta, há de se reconhecer que a seguradora, ao receber essas informações pessoais, muitas das vezes relacionadas à intimidade e à vida privada do indivíduo¹², assume a responsabilidade pela sua devida guarda e proteção.

10- “A importância capital do elemento risco justifica que se lance mão de recursos que possibilitem a sua minimização, com o fim de otimizar a atividade securitária. Um desses recursos – e um dos mais eficazes, especialmente no que tange aos seguros de pessoas e de saúde – consiste na avaliação tão precisa quanto possível da pessoa do segurado, entrando efetivamente na esfera de sua privacidade, valendo-se de informações atinentes à sua saúde, condição econômica e hábitos pessoais, só para citar algumas, o que torna necessária a adoção de medidas que garantam um adequado grau de proteção a esse direito fundamental, sem impedir o exercício daquela atividade empresarial.” (CUNHA, Mario Viola de Azevedo, in *Privacidade e Seguro: a Coleta e Utilização de Dados nos Ramos de Pessoas e de Saúde*, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2009).

11- “É o instrumento de que se utiliza o segurado para apresentar à seguradora o pedido de cobertura do(s) risco(s) que deseja segurar, fornecendo todas as informações necessárias ao perfeito enquadramento do risco pela seguradora, bem como os valores dos bens a segurar.” (MARTINS, João Marcos Brito, Op.cit., p. 39).

12- Em razão da forma pouco aprofundada com o tema da intimidade e vida privada será tratada nesse artigo, não convém estabelecer a distinção dos conceitos do direito à intimidade e do direito à privacidade, embora nos pareça útil esclarecer que “o direito à intimidade, apesar de apresentar conceito e abrangência diversos aos do direito à privacidade, é ínsito à sua tutela e expressa uma noção mais restrita, justamente por ser considerado espécie deste. Contrariamente à opinião de muitos autores, não há como considerá-los sinônimos, pois como visto a privacidade é mais abrangente que a intimidade. Se o conceito de privacidade exterioriza a noção de que esta representa a disposição do cidadão sobre todas as informações a seu respeito, sejam em relação a seu “modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo” e quaisquer outros que entender prudente permanecer sob seu controle, a intimidade deve ser entendida como parcela apenas deste conceito. “Intimidade deriva do latim *intimus* que significa “íntimo, mais recôndito”, “interior”, enlaçando-se ainda com a ideia de “segredo” e “confiança”. A partir do momento que a pessoa se sente violada em sua essência, em seu âmago, configura-se a violação do direito à intimidade, por se tratar de esfera intersubjetiva.” (ENFING, Antônio Carlos, in *Banco de Dados e Cadastros de Consumidores*, São Paulo, RT, 2002, p. 52).

Partindo da premissa da relevância da informação nos contratos de seguro é que se justifica a abordagem desse estudo, uma vez que estando as empresas de seguro de posse de informações pessoais de seus clientes, caberá a elas proteger esses dados para que os mesmos não sejam indevidamente divulgados e também não sirvam para finalidades distintas daquelas para as quais foram coletados, a não ser que, quanto a este último ponto, exista um fundamento legítimo para tanto.

E apesar da grande importância do tema, forçoso reconhecer que por longo período houve ausência de legislação que o regresse de forma plena. No Brasil, a despeito da existência de normas setoriais, não havia uma legislação que trate especificamente da temática da proteção de dados pessoais, omissão essa que só veio a ser suprida recentemente, com o recente advento da Lei nº 13.709/2018, que encontra-se em período de *vacatio legis*¹³.

Assim, o presente trabalho irá abordar o tema da proteção de dados especificamente nos contratos de seguro, apresentado as normas e os princípios que, a nosso sentir, com base na normatização que já existia, devem ser observados nessa espécie de contrato, e os reflexos que a nova lei sobre proteção de dados terá sobre esse importante setor econômico.

2. A informação (verdadeira) como elemento essencial à formação do contrato de seguro

Como dito anteriormente, nos contratos de seguro o conhecimento das informações a respeito do segurado, inclusive e principalmente aquelas de natureza pessoal¹⁴, é essencial para viabilizar a formação de uma relação contratual equilibrada. Só com o pleno conhecimento dos riscos envolvidos é que se tornará possível a refletida análise quanto à viabilidade da contratação e o dimensionamento justo do prêmio, garantindo, assim, a já antes mencionada *sustentabilidade econômica da atividade do segurador*. Com efeito, uma empresa que atua no mercado de seguros só logrará êxito econômico se tiver a seu dispor as informações que lhe permitam precisar as obrigações que serão contratualmente assumidas, pois essa será a única forma

13- De acordo com o art.65 da Lei nº 13.709/18, a referida lei somente entrará em vigor após decorridos 18 (dezoito) meses de sua publicação oficial, que ocorreu em 15.08.2018.

14- De acordo com o art. 5º, I, da Lei nº 13.709/18, dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, definição esta que é idêntica àquela prevista no art. 4º, IV da Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação).

de subsidiar a promoção da correta seleção de riscos¹⁵, de modo a observar o princípio norteador dos contratos de seguro que é o mutualismo¹⁶.

Discorrendo a respeito do direito à informação da seguradora, pertinentes os ensinamentos de Paulo R. Roque A. Khouri:

“Na perspectiva do interesse da seguradora, ela deixa a posição de simples devedora de um direito à informação para se tornar credora desse mesmo direito. Se ela não padece do problema crônico de vulnerabilidade, por outro lado, ela precisa da colaboração do segurado para saber exatamente qual extensão do risco e o grau de probabilidade de sua efetivação que estará sujeito na celebração do contrato. Este dever de informação do segurado estende da fase pré-contratual, nos termos do art. 765, quando este está obrigado a fornecer informações corretas que digam respeito ao interesse segurável, à fase de execução do contrato.

(...)

Como ressaltado anteriormente, a relevância do dever de informação do segurado dá-se, sobretudo, na fase pré-contratual, quando o segurador precisa da colaboração direta do segurado para estabelecer o valor do prêmio. É neste sentido que impõe-se ao segurado fornecer, quanto ao objeto do contrato de seguro, informações corretas e completas, que tenha conhecimento.” (KHOURI, Paulo Roque, *Direito a Informação e o contrato de Seguro*. In CARLINI, Angélica e MIRAGEM, Bruno - orgs. -, *Direito dos Seguros*:

15- “O princípio da seleção de riscos consiste na escolha pela sociedade seguradora dos riscos que serão objeto do contrato de seguros. Através da utilização do princípio da seleção de riscos, as sociedades seguradoras recusam algumas propostas de seguro, quando houver concentração de riscos que possam vir a ameaçar a segurança da atividade de seguros”. (BITTENCOURT, Marcello Teixeira, in *Manual de Seguros Privados*, Rio de Janeiro, Lumen, 2004, p. 68,).

16- “De uma forma geral, o mútuo deverá acumular um fundo a ser usado quando necessário. Assim, o ciclo do seguro pode ser sumarizado da seguinte forma: transferência dos riscos individuais; aglomeração do grupo que queira transferir cada risco individual; e contribuição de cada uma para um mútuo coletivo, que será acessado em caso de necessidade. Este processo é chamado de *mutualismo*, sendo uma forma clássica de mitigação, a fim de tornar menos penoso o risco.” (PEREIRA, Fernanda Chaves, “Fundamentos Técnicos – Atuariais do Seguro. In CARLINI, Angélica e MIRAGEM, Bruno - orgs. -, *Direito dos Seguros: Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, p. 120).

À vista disso, a álea, componente integrante do contrato de seguros, só será apropriadamente estabelecida se houver prévio conhecimento das circunstâncias fáticas envolvendo a contratação, daí porque já se demonstrou desde a introdução desse estudo que a legislação consignou o risco predeterminado como um dos elementos caracterizadores do conceito de seguro.

E aqui cabe ressaltar que a informação – elemento essencial à formação do contrato de seguro – há de ser verdadeira, especialmente sob os parâmetros estabelecidos na visão do Direito Civil Contemporâneo, positivados a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, que elegeram a boa-fé e a probidade como princípios norteadores das relações jurídicas”¹⁷.

Certamente que não se cogita da possibilidade de conferir validade ao negócio jurídico celebrado com desonestidade. Espera-se dos contratantes um *“proceder com lealdade e respeito à confiança depositada, informando e advertindo os riscos de determinado negócio, não se omitindo, por exemplo, em circunstâncias sobre a qual deveria pronunciar-se”*¹⁸.

17- “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

(...)” (Código de Defesa do Consumidor).

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Código Civil).

18- MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Curso de Direito Civil*, Volume III, in *Direito dos Contratos*, Tomo I, Teoria Geral dos Contratos. São Paulo. Ed. Atlas, 2015, pp. 93/94.

Sob esse enfoque, importante observar o posicionamento da jurisprudência, que por diversas vezes teve oportunidade de se manifestar sobre as consequências decorrentes da utilização de informações falsas no ato da contratação do seguro:

SEGURO SAÚDE CONTRATO ALEATÓRIO OMISSÃO DE DOENÇA PELO SEGURADO MÁ-FÉ DO SEGURADO EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO
Seguro de saúde. Declaração feita a Seguradora com omissão de doença pré-existente. Violação do Princípio da boa-fé. A responsabilidade do segurador é fundada no risco contratual, isto é, nos riscos assumidos no contrato, razão pela qual, mais do que em qualquer outro negócio jurídico, as cláusulas do contrato de seguro, desde que válidas e não abusivas, devem ser respeitadas por ambas as partes. Disso depende também o seu equilíbrio econômico, porquanto o valor do prêmio é estabelecido com base nos cálculos estatísticos e atuariais; qualquer alteração nessa equação importa em quebra da mutualidade. Risco e mutualismo, entretanto, não andarão juntos sem a boa-fé, razão pela qual exige-se a mais estrita boa-fé tanto do segurador como do segurado. A omissão intencional do segurado, a respeito de doença anterior ao contrato, é causa de exclusão da cobertura, consoante artigo 1.444 do C. Civil, pois afasta o próprio risco, a álea, que é elemento essencial do seguro. Assim, provado que a beneficiária do seguro nasceu com gravíssimos problemas de saúde, e já havia sido submetida à cirurgia cardíaca pouco antes da celebração do contrato, circunstâncias essas omitidas quando do preenchimento da proposta, resulta evidenciada a má-fé do segurado capaz de ensejar a exclusão da cobertura. Provimento do recurso. (LCR) Vencido o Des. Gustavo Leite que negava provimento ao recurso. (Apelação Cível nº 2000.001.01442, Des. Rel. Sérgio Cavaliere Filho, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 21/03/2000). (sem grifos no original)

RECURSO ESPECIAL CIVIL SEGURO DE AUTOMÓVEL QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. USO E DESTINAÇÃO DO BEM. INTERFERÊNCIA NO PERFIL DO CONDUTOR. PAGAMENTO DE PRÊMIO A MENOR. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO.

EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC. 1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes. 2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual (base econômica do seguro). 3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados. 4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC). 5. Apenas se o segurado agir de boa-fé, ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária. 6. Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum. 7. Recurso especial não provido.” (REsp 1.340.100/GO, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21/08/2014). (sem grifos no original)

Vê-se, pois, que a informação verdadeira é elemento essencial para o aperfeiçoamento do contrato de seguro, daí decorrendo a compreensão de que no fornecimento de seus dados pessoais o segurado deve agir com boa-fé, esclarecendo, de forma fidedigna, as circunstâncias fáticas que podem influir na aceitação do negócio, sob pena de seu eventual comportamento desleal desvirtuar a análise do risco e desequilibrar economicamente o contrato.

Para fins de melhor sintetizar tudo que foi dito até aqui, valemos das elucidativas lições extraídas do voto proferido pelo eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, do Superior Tribunal de Justiça, para quem:

“(...) o contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. O risco relaciona-se com os fatos e as situações da vida real que causam probabilidade de dano e com as características pessoais de cada um, aferidas no perfil do segurado. A mutualidade, por sua vez, é oriunda da solidariedade econômica entre os segurados em que é formada uma poupança coletiva ou um fundo, apto a cobrir os prejuízos que possam advir dos sinistros. É a distribuição dos custos do risco comum (socialização das perdas). Ademais, a contribuição de cada um será proporcional à gravidade do risco a que está sujeito, obtida por meio de dados estatísticos e cálculos atuariais. Por último, a boa-fé é a veracidade, a lealdade, de ambas as partes, que devem agir reciprocamente isentas de dolo ou engano. E, no seguro, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes.” (REsp 1.601.555/SP).”

Assim, temos que nos contratos de seguro o comportamento probo das partes, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de informações verdadeiras, é o ponto nodal para que o negócio jurídico se aperfeiçoe validamente. Não é demasiado afirmar que somente com a estrita observância da boa-fé é que se torna possível vislumbrar uma adequada avaliação do risco e o estabelecimento de uma relação contratual economicamente equilibrada.

3. A boa-fé objetiva e suas funções

A boa-fé, como referido alhures, é princípio cuja observância é de vital importância para o estabelecimento de uma contratação equilibrada, notadamente, nos contratos de seguro, nos quais, como visto, a conduta escorreita do segurado no que diz respeito

ao fornecimento de suas informações pessoais é elemento nuclear para a formação contratual. E nesse caso convém esclarecer que estamos nos referindo à boa-fé objetiva, na medida em que associada a um dever de conduta, “*que subverte e transforma o direito obrigacional clássico*”¹⁹, diferente da boa-fé subjetiva, que “*denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais*”²⁰.

E a boa-fé objetiva, como princípio e também como cláusula geral, possui múltiplas funções, a saber:

- função hermenêutica-integrativa: segundo deflui dos comandos normativos contidos nos artigos 112 e 113 do Código Civil, dirige-se ao intérprete do contrato. Em decorrência desta função, “*o aplicador do direito tem, na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente útil*”²¹.

- função delimitadora: esta função visa coibir o exercício abusivo do direito e “*sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção*”²².

- função criadora de deveres: esta relevante função estabelece deveres contratuais laterais que, mesmo não compondo o conjunto de obrigações estabelecidas explicitamente no instrumento contratual, são de observância obrigatória, integrando, de forma impositiva, todas as relações contratuais. São “*deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação*”²³.

Dentre as funções antes expostas, a de fonte criadora de deveres é a que nos interessa analisar nesse momento.

19- COSTA, Judith Martins, *A Boa-Fé no Direito Privado*, Revista dos Tribunais, 2000, p. 410.

20- COSTA, Judith Martins, Op.cit., p. 411.

21- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo, in *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2006, p. 69.

22- COSTA, Judith Martins, Op.cit., p. 457.

23- COSTA, Judith Martins, Op.cit., p. 449.

A boa-fé objetiva impõe às partes do contrato deveres laterais que, tal como aqueles chamados de principais, decorrentes daquilo que voluntariamente restou estabelecido, deverão ser obrigatoriamente observados. E é exatamente nessa perspectiva da boa-fé como fonte de criação de deveres que passaremos a analisar o papel da seguradora com relação à guarda das informações que lhe são repassadas por seus consumidores.

Já se disse antes que em determinadas modalidades de seguro (pessoal e de saúde) o segurado precisa fornecer informações pessoais que irão expor alguns aspectos de sua intimidade e vida privada. Muitos desses dados a serem fornecidos, a depender do tratamento a que forem submetidos, poderão expor de forma ainda mais intensa alguns aspectos da privacidade do segurado (crença religiosa, política, orientação sexual etc), sujeitando-o a riscos inclusive discriminatórios.

Esses dados pessoais, relacionados a informações muito íntimas do indivíduo, são doutrinariamente denominados como dados sensíveis, exatamente por estarem associados ao âmago da intimidade e da privacidade da pessoa. O professor Danilo Doneda dá boa explicação a respeito do que são dados sensíveis, *verbis*:

“Neste último sentido, a prática do direito da informação deu origem à criação de uma categoria específica de dados, a dos dados sensíveis. Estes seriam determinados tipos de informação que, caso sejam conhecidas e processadas, prestar-se-iam a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva e que apresentaria maiores riscos potenciais que a média, para pessoa e não raro para uma coletividade. Alguns destes dados seriam as informações sobre raça, credo político ou religioso, opções sexuais, o histórico médico ou os dados genéticos de um indivíduo.

A categoria de dados sensíveis é fruto de uma observação pragmática da diferença que apresentam o efeito do tratamento destes dados em relação aos demais. E foi este mesmo impulso pragmático que fez com que se percebesse mais claramente a necessidade de exorbitar os cânones “tradicionais” ligados à privacidade, ao revelar a presença de um outro valor digno de tutela neste caso, o princípio da igualdade material, como fundamento da tutela. A própria seleção de quais seriam estes dados considerados sensíveis provém da valoração de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentariam um elevado potencial lesivo aos seus titulares, em uma determinada configuração social.

A elaboração desta categoria e das disciplinas específicas a ela aplicadas não foi isenta de críticas. Uma das mais propagadas afirma que é impossível, em última análise, definir antecipadamente os efeitos do tratamento de uma informação, seja ela da natureza que for. Desta forma, mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um determinado tratamento, podem revelar aspectos sobre a personalidade de alguém, podendo levar a práticas discriminatórias. Tal argumentação leva, em síntese, a concluir que um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo.” (In Da Privacidade à proteção de dados pessoais. Ed. Renovar, 2006, p. 160/162).

Esse posicionamento foi contemplado na Lei nº 13.709/18, que em seu art. 5º, II reconheceu tais dados como sensíveis, estabelecendo para eles um regime de proteção ainda maior para o seu tratamento²⁴:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se

(...)

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;”

Consequentemente, esse risco potencial de exposição da intimidade e da vida privada da pessoa do segurado leva à necessidade de se fixar meios que protejam esses dados e os mantenham preservados, de forma que não submeta o indivíduo a uma investigação desmesurada. Exatamente por conta dessa necessidade de se proteger os dados pessoais do segurado é que passaremos nos tópicos seguintes a analisar alguns dos deveres laterais, decorrentes da boa-fé objetiva, que entendemos existir nos contratos de seguro.

4. Deveres decorrentes da boa-fé objetiva aplicáveis à proteção de dados nos contratos de seguro

A contrapartida assumida pelas empresas seguradoras, ao receber os dados pessoais do segurado, é guarda-los de maneira eficaz.

24- A Lei nº 12.414/11 (Lei do Cadastro Positivo) no inciso II do § 3º de seu art. 3º já definia informações sensíveis como “aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”

Havendo um direito da seguradora de exigir que lhe sejam fornecidas informações verdadeiras a respeito do segurado, natural e exigível que para esse direito exista uma contraprestação equivalente, ainda que não esteja textualmente estabelecida no instrumento contratual.

Sendo assim, a considerar que muitas das informações que deverão ser prestadas pelo segurado estarão ligadas à sua intimidade e vida privada, bens esses integrantes de sua própria personalidade, cuja garantia de proteção deita raízes em normas de índole constitucional²⁵, atreladas aos mais básicos direitos do indivíduo, há de se estabelecer garantias concretas de que permanecerão preservadas.

Não se vislumbra a possibilidade de se excluir da seguradora o dever de proteção dos dados pessoais dos segurados, seja porque parece ser uma contraprestação proporcional ao ônus imposto ao segurado de expor circunstâncias de sua intimidade; seja porque as inviolabilidades da intimidade e da vida privada são direitos fundamentais que deverão ser tutelados mesmo nas relações privadas.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é tema que comporta alguma divergência, mas é certo afirmar que maior parte da doutrina a admite. Nesse sentido é a interpretação que se faz das lições de Luís Roberto Barroso:

“O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. O debate remonta à decisão do caso Lüth (v. supra), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais

25- “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)” (Constituição Federal).

se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

a) *A da eficácia indireta e imediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;*

b) *A da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamento em jogo, do outro lado.*

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. (TÉPEDINO, Gustavo - org. -, A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil, In Direito Civil Contemporâneo, Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo, Atlas, 2008, pp. 260/261).

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal igualmente admite a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, como se observa dos seguintes trechos do primoroso voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.814:

“Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem que a eficácia dos direitos fundamentais espraia-se nas relações entre particulares. Diversamente dos primeiros momentos do Estado moderno, no qual, sendo o ente estatal o principal agressor a direitos fundamentais, contra ele se opunham as normas garantidoras desses direitos, hoje não é permitido pensar que somente o Estado é fonte de ofensa ao acervo jurídico essencial de alguém. O particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de cercear ou anular direitos fundamentais.

Quanto mais se amplia o espaço de poder social, mais se tem a possibilidade de ser a liberdade restringida pela ação de particulares contra um indivíduo ou grupo. A proteção dos direitos não se limita à ação estatal, mas estende-se também à ação dos particulares nas relações intersubjetivas.

A sociedade não é composta de pessoas em idênticas condições de força e poder. Essas diferenças podem permitir a determinado indivíduo interferir e sobrepor-se à atuação legítima de outro particular, estabelecendo-se relações de poder privado que podem restringir ou ofender direitos fundamentais.

Por isso a eficácia dos direitos fundamentais é tida como extensiva ao Estado e também aos particulares, que não podem atuar em desrespeito às garantias estabelecidas pelo sistema constitucional.

Os conflitos entre particulares podem atingir direitos fundamentais pela desproporcionalidade do poder exercido por um em relação a outro ou em contrariedade ao interesse público. Nem por ser particular se haverá de desconsiderar ilegítimo tal agir. Apesar de ser mais comum quando exercido pelo Estado, o particular pode também atuar com abuso ou exorbitância de poder em relação a outrem, a tornar o prejudicado legitimado a defender os seus direitos quanto à atuação contrária ao direito.”

Deste modo, parece-nos indubitável que a proteção à intimidade e à vida privada do segurado deve ser fator de observação nos contratos de seguro, especialmente porque nesse tipo de contrato não se trata de mera opção do segurado fornecer seus dados pessoais, não podendo ser, por simetria, mera faculdade da seguradora protegê-los. Percebe-se, num processo lógico de ponderação, haver perfeita proporção entre o dever do segurado de fornecimento de seus dados pessoais com a obrigação da seguradora de mantê-los protegidos.

E essa obrigação da seguradora de promover a adequada proteção dos dados pessoais do segurado, para além de ser uma consequência inafastável da eficácia direta e imediata do direito fundamental de preservação da intimidade e da vida privada, decorre também da aplicação da boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres. O segurado, ao fornecer seus dados pessoais, necessários à formação do contrato de seguro, confia que terá da seguradora um atuar pautado na preocupação de proteção dessas informações. Essa expectativa do segurado é legítima e se encontra amparada pela boa-fé.

Por outro lado, considerando que a Lei nº 13.709/2018 estabeleceu regramento específico a respeito da proteção de dados pessoais, há de se reconhecer que essa mera proteção genérica, decorrente de uma interpretação do princípio da boa-fé objetiva,

não é mais a única garantia posta à disposição do segurado com relação à intangibilidade de sua intimidade. Com o advento dessa importante legislação foram estabelecidos direitos e deveres mínimos a serem observados no tratamento dos dados pessoais no Brasil. Importante destacar, contudo, que a própria Lei nº 13.709/18 reconhece, em seu art. 6º, que “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé”.

Assim, sem pretensão de esgotamento do tema, o que seria impossível nesse enxuto trabalho, passaremos a apresentar alguns importantes deveres, relacionados a dois específicos princípios já consagrados doutrinariamente na temática alusiva à proteção de dados pessoais e agora expressamente incorporados no ordenamento jurídico pátrio, que deverão nortear obrigatoriamente o comportamento das partes nos contratos de seguro, a fim de que se obtenha, em sua plenitude, a proteção da intimidade e da vida privada do segurado.

5. Respeito ao princípio da finalidade

O uso dos dados pessoais deve-se destinar única e exclusivamente para os fins para os quais foram coletados. Entendemos, com essa colocação, que a seguradora, para que paute seu atuar na mais estrita observância da boa-fé, estará obrigada a utilizar as informações tão-somente para o fim que ao coletá-las advertiu o segurado, respeitando aquilo que a doutrina convencionou chamar de princípio da finalidade, que *“funciona como um limitador do consentimento, ou seja, ele afasta a generalidade que este pode apresentar, fazendo com que a utilização dos dados pessoais seja para um fim ou fins específicos.”*²⁶.

Imagine-se o seguinte exemplo: uma pessoa, desejando contratar um seguro de saúde, informa à seguradora que é portadora de grave doença. Certamente que ao fornecer essa informação, o pretenso segurado imagina que a mesma terá como finalidade única prover a seguradora de informações que lhe permitam manifestar a aceitação da contratação e a definição do prêmio. Todavia, em momento posterior, essa pessoa toma conhecimento que teve uma proposta de trabalho recusada porque seu potencial empregador descobriu, através de pesquisas a banco de dados de terceiros, abastecido com informações providas pela seguradora, a existência da doença. Sem aqui tecer comentários quanto à (in)validade da

26- CUNHA, Mario Viola de Azevedo, Op.cit., p. 37.

aplicação desse critério discriminatório nesse hipotético processo seletivo de emprego, serve o exemplo para demonstrar uma das várias possíveis consequências danosas decorrentes da falta da devida proteção dos dados pessoais.

Logo, pode-se afirmar que a validade do consentimento do segurado de prestar suas informações pessoais – ou da legalidade do tratamento de dados propriamente dito quando este for fundado em hipótese de autorização que não o consentimento²⁷ – está necessariamente atrelada à finalidade esclarecida, no sentido de que as informações coletadas só serão utilizadas para os fins previamente informados. Nesse sentido, a Lei nº 13.709/18 criou a obrigação para os controladores, definição na qual se enquadram as seguradoras, de prestar informações ao titular dos dados – segurado – a respeito do tratamento de seus dados, informações essas “*que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras (...) I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.*”

De acordo com o professor Danilo Doneda, “*toda utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes de sua coleta. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que é possível a estipulação de um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade)*”²⁸.

O princípio da finalidade é tão importante para o escopo de conferir eficaz proteção aos dados pessoais que foi positivado no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que expressamente estabeleceu:

27- A Lei nº 13.709/18 estabelece distintas hipóteses que autorizam o tratamento de dados pessoais que vão além do consentimento, tais como a necessidade para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, ou ainda o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

28- DONEDA, Danilo, Op.cit., p. 216.

“Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

(...).” (sem grifos no original)

Esse princípio restou igualmente incorporado pela Lei nº 13.709/2018, que o agasalhou de forma explícita:

“Art. 6º. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;”

Assim, parece-nos que a seguradora só poderá utilizar os dados pessoais do segurado para as específicas finalidades a ele informadas quando da coleta dessas informações, que deverão obrigatoriamente estar relacionadas à análise do risco do contrato.

6. Parcimônia na coleta de dados - Princípio da necessidade

Além do princípio da finalidade, entendemos que também é imperioso que nos contratos de seguro seja observado o princípio da necessidade, de modo a limitar a coleta de dados ao limite do mínimo necessário. Isso tudo com o propósito de que a captação das informações do segurado não se torne um meio de submetê-lo a uma devassa em sua privacidade.

Não há justificativa razoável para que o segurado tenha que fornecer informações que não estejam relacionadas ao objeto do

contrato, pois legítima será a coleta somente daquelas que efetivamente importam para que a seguradora possa efetuar a avaliação dos riscos para viabilizar a contratação (art. 7º, inciso V, Lei nº 13.709/2018) ou que sirvam, de acordo com o permissivo legal, ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória (art. 7º, inciso II, Lei nº 13.709/2018). Carece de razoabilidade a imposição da obrigação ao segurado de prestar informações que não digam respeito ao objeto da contratação, sendo, nesse caso, legítimo que se recuse a prestá-las.

Sendo invioláveis a intimidade e a vida privada, deflui a premissa de que qualquer obrigação que mitigue esses direitos fundamentais deverá se restringir ao mínimo necessário. Diante disso, reputamos, à luz da Lei nº 13.709/18, que somente estará acobertada pela licitude a coleta de dados pessoais do segurado que tenham como propósito viabilizar a contratação do seguro ou o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, quando a coleta estiver relacionada ao contrato de seguros propriamente dito²⁹. Do contrário, estaria o segurado submetido a uma obrigação exagerada, que claramente estaria em confronto com os preceitos constitucionais, legais e com a própria boa-fé objetiva.

Embora versando sobre assunto ligeiramente diverso do abordado nesse estudo, enriquecedora para a compreensão da dimensão do princípio da necessidade a lição extraída da doutrina de Leonardo Roscoe Bessa³⁰, ao discorrer sobre a necessidade de os bancos de dados destinados à proteção do crédito não se utilizarem de informações excessivas:

“A CF garante, no art. 5º, X, da inviolabilidade do direito à honra e à vida privada – cujo um dos seus principais aspectos é justamente o controle de dados pessoais. Embora fundamentais, os direitos não são ilimitados. Admite-se que algumas informações

29- A Lei nº 13.709/18, em seu art. 7º, admite outras hipóteses de tratamento de dados que não aquelas relacionadas à execução de um contrato ou ao cumprimento de uma obrigação legal ou regulatória que eventualmente podem se aplicar às atividades desenvolvidas pelas seguradoras, como o interesse legítimo do controlador; o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; ou até mesmo o consentimento do titular, porém tais bases legais estariam igualmente submetidas ao crivo da finalidade e da necessidade do tratamento.

30- *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*, RT, São Paulo, 2003, pp. 186/187.

negativas e integrantes da privacidade pessoal, considerando circunstâncias fáticas que envolvem tensão ou conflito com outros valores, possam, lícitamente, ser tratadas por bancos de dados de proteção ao crédito. Todavia, a atuação das referidas entidades, em constante confronto com os valores honra e privacidade, deve sempre ser vista como situação excepcional, cuidando o intérprete de evitar a imposição de sacrifício desarrazoado aos direitos da personalidade, sob pena de inconstitucionalidade do resultado hermenêutico. Em outros termos, a atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito legitima-se na exata medida em que os valores honra e privacidade – de gênese constitucional – devam ceder diante de outros valores do mesmo grau.

Em outros termos, objetiva-se preservar o núcleo essencial do direito à privacidade. Não é por outra razão que, no exterior, há disposições expressas no sentido de que os bancos de dados possuam objetivos específicos, previamente determinados, e as informações não sejam excessivas, além de estarem vinculadas aos propósitos da entidade arquivista.”

Em sentido semelhante são os ensinamentos de Antônio Carlos Efig:

“(…) apesar da ampla abrangência, que aparentemente podem ter os dados constantes nos repositórios de consumo, “o Código de Defesa do Consumidor, pela via transversa, posicionou-se no sentido de só admitir o armazenamento de informações conectadas ao mercado de consumo. Outras que sejam referentes a dados pessoais do consumidor, sobre seu caráter, família, reputação geral, características pessoais ou modo de vida, não são aceitas, a não ser que fortemente vinculadas ao mercado”³¹.

Destaque-se que o princípio da necessidade, tal como o da finalidade, dada sua importância na temática de proteção de dados pessoais, encontra-se previsto na Lei nº 13.709/2018, dentre aqueles que deverão ser compulsoriamente observados para legitimar a atividade de tratamento de dados:

“Art. 6º. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(…)

31 - EFING, Antônio Carlos, Op.cit., p. 33.

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;”

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito de recurso repetitivo, mesmo antes de haver uma previsão legal incorporando expressamente esse relevantíssimo princípio ao ordenamento jurídico pátrio, assentou entendimento no sentido de reconhecer a abusividade na utilização de informações excessivas para o abastecimento de banco de dados para fins de concessão de crédito:

“Não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “credit scoring” informações sensíveis, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, ou excessivas, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor, etc.

Caracterizado abuso de direito pela utilização de informações sensíveis, excessivas, incorretas ou desatualizadas, a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de “credit scoring”, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 2º da lei do cadastro positivo), nos termos do art. 16 da Lei nº 12.414/2011, verbis:

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

Enfim, devem ser respeitados os limites traçados pela legislação brasileira, especialmente pelo CDC e pela Lei nº 12.414/2011, no sentido da proteção da privacidade do consumidor consultado e da máxima transparência na avaliação do risco de crédito, sob pena de caracterização de abuso de direito com eventual ocorrência de danos morais.” (REsp 1419697/RS, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, DJe 17/11/2014). (sem grifos no original)

Há de se exigir, assim, proporcionalidade no processo de coleta dos dados pessoais do segurado. Essa atividade, para ser legítima, deve se restringir à coleta das informações necessárias (imprescindíveis) à contratação do seguro ou ao cumprimento de uma norma (legal ou regulatória), não podendo a contratação servir como justificativa para a imposição do dever de fornecimento de informações extravagantes, sem propósito claro. Destaque-se, mais uma vez, que a Lei nº 13.709/18 prevê outras hipóteses de tratamento de dados pessoais, que igualmente estarão pautadas pelos princípios da finalidade e da necessidade e

que, na nossa compreensão, não deveriam ser usadas para justificar a coleta de dados pessoais em situações relacionadas ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória ou, ainda, para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual o titular é parte.

7. Conclusão

A proteção de dados pessoais é assunto cuja importância vem sendo reconhecida mais recentemente, principalmente a partir do surgimento e da popularização de novas tecnologias (smartphones, redes sociais, etc), especialmente aqui no Brasil, em decorrência da recente promulgação da Lei nº 13.709/2018, que versa sobre o tema. O seguro, por sua vez, embora seja tipo de contrato cuja existência frequenta as discussões do meio jurídico há séculos, está sempre evoluindo e incorporando questões novas e desafiadoras.

Embora sejam matérias interessantíssimas, a tornar sugestivo um estudo mais aprofundado, o intuito desse trabalho é apenas de fomentar a discussão dessas questões, que ainda necessitam de uma maior atenção da doutrina e da jurisprudência. Não se pretende nesse breve estudo esgotar a análise do tema.

A apresentação exemplificativa que se fez de dois únicos princípios positivados na Lei nº 13.709/2018 e que, segundo nossa compreensão, já deviam desde sempre ser observados como deveres anexos da boa-fé objetiva, é a plena demonstração que esse estudo busca apenas dar início à discussão, provocando novos debates que possam enriquecer o desenvolvimento do pensamento jurídico.

Entendemos que o advento de diploma legal a respeito da proteção de dados pessoais constitui marco relevante, pois confere segurança jurídica às partes do contrato, estabelecendo limites legais para o uso dos dados pessoais nos contratos de seguro, mediante o ângulo de duas perspectivas distintas: (i) a do segurado, através da garantia de proteção de sua intimidade e privacidade (e mais amplamente dos seus dados pessoais, já que a Lei nº 13.709/2018 traz previsões que extrapolam a proteção da intimidade e da privacidade, como no caso do direito à portabilidade dos dados³²); (ii) e da seguradora, conferindo-lhe segurança jurídica para que possa despreocupadamente se valer da coleta de dados para tornar cada vez mais preciso o processo de análise de riscos e para despreocupadamente cumprir com seus deveres legais e regulatórios.

32- Art. 18, V da Lei nº 13.709/18.

A morte real com ou sem presença do cadáver e a morte presumida por ausência ou desaparecimento de pessoas, nos seguros de vida e de acidentes pessoais

Ricardo Bechara Santos¹

A morte, que como nos lembra Horácio, “bate igualmente à porta das choupanas dos pobres e à porta dos palácios dos reis”, é o fim certo de todos nós, determinando a cessação da personalidade do ser humano (aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, isto é, o atributo necessário para ser sujeito de direito).

Resumo: Cuida-se de estudo com vistas a se verificar cobertura ou não dos seguros de pessoa (vida e acidentes pessoais) de sinistros com morte do segurado havida de forma natural ou acidental, seja com a presença do cadáver como mais comumente acontece, ou sem a presença do corpo, porém justificável em casos de acidentes mesmo a despeito de não ser possível a sua identificação, ante as características, peculiaridades e circunstâncias do óbito. Objetiva-se também a análise de situações em que se dê a ausência ou desaparecimento de pessoas sem, contudo, a possibilidade de justificação real da morte, por isso mais de interesse do direito sucessório que do seguro, de modo que os bens do ausente não fiquem à deriva e entrem logo na administração dos herdeiros ou legatários. Fazem-se também considerações adjacentes sobre início e fim da personalidade e da proteção da imagem da pessoa morta.

Abstract: This study is carried to check whether or not a personal insurance (life and personal casualties) cover the insured person's natural or accidental death, whether with the presence of the corpse (which happens more commonly) or without it in those cases when is not

1 - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito do Seguro - AIDA Brasil. Autor das obras Direito do seguro no cotidiano, Direito do seguro no novo código civil e legislação própria e Coletânea de jurisprudência STJ/STF, Seguros, Previdência Privada e Capitalização e coautor de diversas obras. Consultor jurídico da CNseg/Fenaseg.

possible to identify the deceased, given the characteristics, peculiarities and circumstances of death. The objective is also the analysis of situations in which there are the absence or disappearance of a person without the possibility of the real cause of death's verification, which arouses even greater interest in the law of succession than insurance, so that the assets of the absent can be immediately subject to the administration of heirs or legatees. There are also adjacent considerations about the beginning and end of the personality and the protection of the image of the deceased.

Palavras-chave: Morte. Morte real presencial. Morte real presumida sem declaração de ausência. Morte presumida com decretação de ausência. Morte natural. Morte acidental. Morte fictícia. Desaparecimento de pessoas. Pagamento do prêmio. Saldamento. Comoriência. Cadáver. Catástrofe. Incêndio. Naufrágio. Acidente pessoal. Capital segurado simples e em dobro. Segurado. Beneficiário. Seguros privados de vida e acidentes pessoais. Seguro público do INSS. Início e fim da personalidade humana. Proteção à imagem do morto. Dano moral por ricochete. Justificação da morte. Registro da morte. Certidão de óbito. Acidente aéreo. Naufrágio. Incêndio. Terremoto. Catástrofes. Regulação de sinistro. Código Civil. Lei de Registros Públicos.

Keywords: Death. Real death. Presumption of death without declaration of absence. Presumption of death with Declaration of Absence . Death from natural causes. Accidental death. Fictitious death. Disappearance of people. Payment of premium. Settlement (see for SALVAMENTO -RESCUE/SALVAGE). Comorience. Corpse. Catastrophe. Fire. Shipwreck. Personal accident. Simple and double insured capital. Insured. Beneficiary. Life and personal accidents insurance. INSS public insurance. The start and the end of legal personality). Protection of the deceased. Moral damage by rebound. Justification of death. Death record. Death certificate. Plane crash. Shipwreck. Fire. Earthquake. Catastrophes. Loss Adjustment. Civil Code. Law of Public Registries.

Sumário: 1. Introito. 2. Classificação das mortes e seus registros. 3. A cobertura por morte nos seguros de pessoa. Morte real e presumida. Regulação do sinistro. Direitos decorrentes do início e fim da personalidade, inclusive da violação à imagem do morto. 4. A morte fictícia. 5. Identidade entre os seguros de vida e de acidentes pessoais. 6. Outro exemplo marcante de acidente aéreo para ilustrar o tema. Os seguros privados de vida e acidente pessoais não se confundem com o seguro público operado pelo INSS. 7. Entendimento divergente em decisão isolada do STJ sobre pagamento do capital em seguro de vida, no caso de morte presumida com decretação de ausência. 8. Os artigos citados do Código Civil. 8.1. Direito da personalidade. Início e fim da personalidade. Lesão e ameaça. 8.2. Ausência. Fim da existência da pessoa natural. 8.3. Decênio para abertura da sucessão definitiva. 8.4. Comoriência. 8.5 Seguro não é herança. Não nomeação de beneficiário. Não pagamento de prêmio e saldamento. 9. Referências onomásticas.

1. Introito

A morte, fenômeno natural de certeza absoluta, por isso incerta quanto à data e sempre certa quanto à ocorrência (*certus an incertus quando*), à luz do direito civil, pode ser classificada como *real presencial* e *real presumida* - aquela diante da presença do cadáver, esta sem a presença do mesmo, porém justificável -, com sintomas diferenciados, mas com iguais efeitos, para fins de recebimento do capital segurado nos seguros de pessoa (*vida e acidentes pessoais, consoante artigos 789 e seguintes do CC*), e, conforme seja a morte natural ou acidental, o beneficiário poderá receber o capital simples ou em dobro. Se o óbito se der por acidente coberto, o capital poderá ser pago duplamente no seguro de vida se contratadas as duas coberturas, pela morte natural e pela morte acidental, sabido que o seguro de vida cobre a morte qualquer que seja a sua causa, enquanto o de acidentes pessoais apenas a morte acidental, excluindo a morte natural.

O Padre Antônio Vieira em seu sermão na igreja das Chagas, em Lisboa, em 1642, já rezava que “não há tributo mais pesado que o da morte, e, contudo, todos o pagam, e ninguém se queixa, porque é tributo de todos.”

Acresça-se que, neste mundo, aliás, “só há duas coisas infalíveis: os impostos e a morte” (Benjamim Franklin). “Para todos o alvo da vida é a morte” (Demóstenes).

2. Classificação das mortes e seus registros

A *morte*, legal e juridicamente, pode se dar em duas possibilidades, com ou sem a presença de cadáver, seja por causas naturais seja por causas acidentais. A *morte real presencial*, com a presença de cadáver, é a que mais comumente ocorre; por isso aquela com a qual mais se lida na regulação de sinistros nos seguros de pessoa, não demandando maiores dificuldades na sua comprovação e materialidade, ante a maior simplicidade e celeridade procedimental para a obtenção dos competentes registro e certidão do óbito. A morte naturalmente se dá, segundo a medicina legal, com a parada do sistema cardiorrespiratório e a cessação das funções vitais do indivíduo (*morte encefálica, por exemplo*), mas nem sempre que uma pessoa falece, é possível encontrar o corpo, para se constatar a parada do sistema cardiorrespiratório ou a cessação das funções vitais do indivíduo. Em condições normais, o assentamento de óbito no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) é feito mediante atestado médico.

Excepcionalmente, se não houver médico, o ato será lavrado com atestado de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte (*art. 77, caput, da Lei nº. 6.015/73*). Porém, casos há em que o cadáver não é encontrado e tampouco a morte é testemunhada. É por isso que o ordenamento jurídico admite a *morte presumida com reais efeitos* e a justificação do óbito, com base nos institutos de comprovação da morte perante o RCPN.

A *morte real presumida sem decretação da ausência* será declarada por sentença: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término do conflito. A declaração da morte real presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável da morte. Um exemplo de morte presumida sem decretação de ausência é o óbito de Amarildo Dias de Souza, ajudante de pedreiro desaparecido em 2013 na Rocinha - Rio de Janeiro, morte presumida e reconhecida pela Justiça considerando que ele estava em perigo de vida. A sentença declaratória da morte presumida e o mandado decorrente do processo de justificação do óbito devem ser registrados no Registro Civil das Pessoas Naturais. Outro exemplo similar é a morte de Eliza Samúdio, mãe do filho do goleiro Bruno do Flamengo, tida como desaparecida, cujo corpo não fora encontrado, mas que durante as investigações. Nesse rumoroso caso, que obteve repercussão nacional e internacional, testemunhas relataram aos investigadores que a moça teria sido morta por estrangulamento e que, em seguida, o cadáver teria sido esquartejado e enterrado sob uma camada de concreto e algumas partes distribuídas para que cães as comessem. Bruno e seus comparsas foram condenados pela justiça mesmo a despeito da ausência do cadáver. A data da morte está em processo de investigação, sendo a mais provável, o dia 10 de julho de 2010.

Em suma, na morte real presumida há a forte e consistente probabilidade do óbito, não a certeza absoluta. Sua justificação tem cabimento para o caso de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio (a exemplo ilustrativo, o chocante e catastrófico incêndio, seguido de desabamento, ocorrido recentemente no centro velho da cidade de São Paulo com o prédio Wilton Paes de Almeida, amplamente noticiado pela imprensa falada, escrita e televisiva, não sem lembrar-se dos incêndios nos edifícios Joelma em SP - 1974 e

Andorinhas, no RJ - 1986), terremoto ou qualquer outra catástrofe, ou fato criminoso, quando estiver provada a sua presença no local do desastre ou do crime e não for possível encontrar-se o cadáver. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro, em livro próprio, dos óbitos verificados em campanha, bem como os fatos que convençam da ocorrência da morte (*artigo 88 da Lei nº. 6.015/73*). Por isso, na justificação do óbito há a presunção de certeza da morte; não a mera probabilidade. Daí porque, depois de reconhecida por sentença, equiparar-se-á, nos seus efeitos, à morte real com cadáver.

3. A cobertura por morte nos seguros de pessoa. Morte real e presumida. Regulação do sinistro. Direitos decorrentes do início e fim da personalidade, inclusive da violação à imagem do morto

A regulação de sinistros, no entanto, passa a experimentar maiores dificuldades, mesmo diante da realidade da morte, quando o cadáver não está presente. E isto costuma acontecer, como visto, nas mortes ocorridas em catástrofes, o que demanda ao interessado a busca de procedimentos mais investigativos e demorados para a obtenção do atestado de óbito a ser emitido pelo Cartório de Registro Civil, documento indispensável para o recebimento do capital segurado.

Infere-se que a morte real presumida sem decretação de ausência será sempre caracterizada como morte accidental, para fins de regulação de sinistro coberto por seguro de pessoa inclusive para fins de verificação se o capital deverá ser pago em dobro, desde que se trate de um acidente pessoal, ou seja, de um *“evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico”* (conceito dado pela CNSP 117/04).

A morte real ou presumida com efeitos de real, portanto, está coberta pelo seguro de pessoa, e o capital segurado será pago ao beneficiário depois de verificada a sua cobertura, desde que seja apresentada ao segurador, no aviso ou na regulação do sinistro, a competente certidão do registro de óbito.

Sabemos todos que a existência da pessoa humana começa com o nascimento com vida, embora a lei assegure os direitos do nascituro desde a concepção (*artigo 2º do CC*) e termina com a morte (*artigo 6º do CC*).

É dizer, para a pessoa natural, a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida possibilitando a emissão da certidão de nascimento, cuja comprovação se dá com o início do funcionamento do sistema cardiorrespiratório, após a saída do recôndito materno uterino, sabido que o direito pátrio adota a Teoria Natalista, conforme a primeira parte do art. 2º do CC. Para essa Teoria, o nascituro, aquele que está por nascer, já concebido no ventre materno, não possui personalidade jurídica, mas apenas expectativa de direito, assegurada, porém, a proteção ao *nasciturus* - *pro jam nato habetur* - desde a concepção, consoante a última parte do art. 2º do mesmo CC. Assim, a partir do nascimento com vida, a pessoa natural está apta para adquirir direitos e contrair obrigações.

No outro extremo, pode-se afirmar que a personalidade jurídica termina com a morte da pessoa natural, assim como a sua própria existência, destacando a doutrina que essa regra decorre do princípio *mors omnia solvit*, isto é, a morte tudo resolve, conforme, aliás, prescreve a primeira parte do art. 6º do Código Civil.

A lei, no entanto, estabelece peculiar proteção ao morto, seja em relação aos herdeiros e entes queridos, seja em relação à sociedade como um todo, até no que tange ao respeito às variadas formas de exéquias. Torna inclusive indenizável o dano moral por violação à imagem do morto, no que a doutrina costuma chamar de “*dano moral por ricochete*”, que ocorre quando a ofensa é dirigida a uma pessoa, mas quem sente os efeitos dessa ofensa, dessa lesão, é outra. Como sucede justamente na ofensa dirigida a um morto, que apesar de não ser ofendido em sua personalidade, pois os direitos da personalidade, como dito, surgem com a concepção e se extinguem com a morte, portanto, não são transmitidos aos herdeiros, que só poderão entrar com ação de indenização em razão de sofrerem o dano reflexo da ofensa.

Exemplo disso, marcante e bem ilustrativo, é o que recentemente foi mostrado ampla e repetidamente pela imprensa, falada, escrita, televisiva e pela rede social, de uma desembargadora no Rio de Janeiro, que teria difamado a vereadora Marielle Franco, depois de morta.

Como reza o artigo 12 do CC, “*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*” E o mesmo artigo da lei civil, em

seu parágrafo único, consagra os direitos do “*de cujus*”, dando aos seus sucessores a legitimidade para pleitear indenização em caso de danos à imagem do indivíduo morto: “Art. 12. (...) Parágrafo único. *Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.*”

Cabe observar que esta legitimidade não é concorrente, pois o parentesco mais próximo virá a excluir o mais distante, conforme o direito sucessório presente no mesmo código, o que não impede eventual litisconsórcio facultativo. A doutrina denomina tais legitimados como sendo os lesados indiretos, que são os parentes do morto legitimados para requerer a tutela jurídica dos seus direitos (art. 12, p. único e art. 20, p. único, CC). Pois, apesar de não haver direito da personalidade do morto, existe tutela jurídica dos direitos da personalidade da pessoa morta. É uma tutela reconhecida ao cônjuge/companheiro, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Nesse caso, os parentes estarão em juízo pedindo em nome próprio, direito próprio, uma vez que foram lesados também (*ainda que indiretamente*). Trata-se, assim, de legitimidade ordinária, não restando caracterizada a substituição processual, mas legitimidade dos parentes para propor ação por dano moral à imagem do *de cujus*.

Ressalte-se que, se o *de cujus* foi ofendido enquanto ainda era vivo, houve uma lesão aos seus direitos da personalidade, e o direito a reparação por esse dano moral é transmitido dentro da herança (CC, Art. 943. *O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la se transmite com a herança*), ou seja, os herdeiros nesse caso serão como que os “substitutos processuais do *de cujus*”, segundo regra estabelecida na lei processual.

Fechado esse parêntesis, vale a propósito ilustrar sobre o início da personalidade, com o seguinte texto bíblico:

“Também eu por certo sou um homem mortal, semelhante a todos, e da descendência daquele terreno que foi primeiro feito, e no ventre da minha mãe fui formado carne, dentro do espaço de dez meses fui coalhado em sangue do sêmen, do homem, e concorrendo o deleite do sono. E eu, tendo nascido, respirei o ar comum, e caí na terra feito do mesmo modo, e dei a primeira voz semelhante a todos, chorando, envolto em faixas fui criado, e isto com grandes cuidados,

porque nenhum dos reis teve outro princípio de nascimento. Logo, é para todos uma mesma a entrada na vida e semelhante a saída dela”. Bíblia, Sabedoria, 7-1, 2, 3, 4, 5, 6. (O grifo não é original da Bíblia, mas é intencional)

Realmente, nos permitindo o tema uma metáfora, na bela construção literária de José Saramago, único prêmio Nobel de literatura da língua portuguesa, “os rios, mesmo os que já proclamam sua ambição atlântica, assim como os homens, só perto do fim vêm a saber para que nasceram...” (em “*Viagens a Portugal*”). De fato, se as “nascentes” secam antes disso, sem ganhar curso, são natimortos, não adquirem sua “personalidade fluvial”, não são rios, meras tentativas, apenas expectativa. Tal como ocorre com os homens, mal comparando.

4. A morte fictícia

O que, entretanto, o seguro de pessoa não cobre, a nosso ver, é a morte fictícia, ou a *morte presumida por ausência ou desaparecimento* do segurado. Tratamos desse assunto em nosso Livro “Direito do Seguro no Cotidiano”, Forense, Rio, 4ª edição. A *ausência* é um estado de fato, em que uma pessoa desaparece de seu domicílio, sem deixar qualquer notícia. Ausente, pois, é o indivíduo que desapareceu, consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente. E que um belo dia pode reaparecer. Por isso a presunção é de vida e não de morte.

Na dicção dos artigos 6º e 22 até 25 do Código Civil, com as incorporações das situações já previstas na Lei de Registros Públicos (*Lei nº 6.015/73 - Art. 8º*), pode-se verificar que as suas disposições interessam mais especificamente ao direito sucessório do que ao seguro de pessoa, não sem lembrar de que seguro não é herança para nenhum efeito de direito, consoante o disposto no artigo 794 do Código Civil, embora para fins de pagamento do capital aos beneficiários, quando o segurado não os nomeia, o artigo 792 do Código invoque para tanto as regras da vocação hereditária, mas nas hipóteses de morte real.

Já o artigo 7º do Código trata de situações de *morte presumida justificada com efeitos de morte real* (acidente em catástrofe, por exemplo), tendo em vista a falta do cadáver, gerando o pagamento da garantia morte nos seguros de pessoa mediante, como dito e redito, a apresentação da certidão de óbito, mas obtida mediante justificativa e confirmação da morte havida em catástrofe (em acidente aéreo, por exemplo, em que a morte pode ser justificada pela

lista de passageiros efetivamente embarcados e outros indícios), que não se confunde, de forma alguma, com as hipóteses de *ausência* tratadas nos artigos 22 e seguintes e referida no artigo 6º, todos do Código Civil, que são, legal e juridicamente, hipóteses em regra não geradoras de pagamento nos seguros privados de pessoa, considerando a inexistência de certidão de óbito que ateste uma morte real e porque de interesse do direito sucessório, onde se abre primeiramente uma sucessão provisória para que os bens do ausente não fiquem à deriva e entrem logo na administração dos herdeiros, vindo para esse efeito a se declarar a morte presumida, ficta, por *ausência*, muito tempo depois (*mais de um decênio*), levando em conta o tempo de sobrevivência média de uma pessoa.

E para que se pudesse cogitar de um pagamento futuro do capital segurado, argua-se apenas para argumentar, necessário seria que até lá fosse admitido o recebimento regular do prêmio, ressalvada a hipótese de devolução de reserva formada ou de *saldamento* conforme se estipular, prevista no artigo 796 do CC para os seguros de vida individual constituídos sob o regime de acumulação ou capitalização.

De qualquer sorte, a morte presumida por ausência, sem atestado de óbito justificado, geraria para o seguro e a dano da mutualidade, reais possibilidades de fraude, possibilitando ao fraudador usufruir de um capital segurado vultoso, em pleno gozo da vida, ainda que em lugar incerto e não sabido, com outra identidade etc. Não sem registrar que a fraude é a antítese do seguro, por isso há de ser afastada a todo custo.

Como bem assinala Silvio de Salvo Venosa, num de seus inúmeros escritos sobre o Código Civil:

“... não temos a denominada morte civil, embora haja resquício dela, como, por exemplo, no artigo 1.599 do Código Civil de 1916 (novo, artigo 1816). Por esse dispositivo, os excluídos da herança por indignidade são considerados como se mortos fossem: seus descendentes herdam normalmente. Nas legislações antigas, a morte civil atingia, como pena acessória, os delinquentes condenados por determinados crimes graves. Eram reputados como civilmente mortos. Como consequência, podia ser aberta a sucessão do condenado como se morto fosse; perdia ele os direitos civis e políticos e dissolvia-se seu vínculo matrimonial. O direito moderno repudia unanimemente esse tipo de pena, embora permaneçam traços como os apontados, mais como uma solução técnica do que como pena.”

Ao contrário da morte real, com ou sem cadáver, o instituto da morte presumida por ausência, criado para os casos de sucessão provisória ou definitiva, não importa em extinção imediata da personalidade, pois neste caso é permitida a abertura da sucessão provisória ou definitiva do desaparecido, para proteção de seu patrimônio, vale sempre repetir, passados longos anos e que mesmo depois de declarada a sucessão definitiva, a lei admite o reaparecimento do ausente e com vida. Ao contrário do que sucede no caso de morte presumida sem decretação de ausência e sem a presença do cadáver em função das proporções do acidente, a presunção da morte por declaração de ausência seria de morte natural, e não acidental já que neste caso não se especula sequer sobre acidente.

Ainda com as preleções do ilustre Civilista Silvio de Salvo Venosa,

“... devemos entender de forma clara as situações de desaparecimento da pessoa e suas consequências jurídicas. A morte de uma pessoa pode ser incerta quando não houver notícia de seu paradeiro e houver motivo para acreditar que tenha falecido. Por outro lado, mesmo que haja certeza da morte, pode haver dúvida sobre o momento do passamento, a data da morte, a qual gera importantes consequências jurídicas, mormente no campo sucessório (por conseguinte, também no securitário). A data da morte deve ser fixada na sentença. Não se apontam presunções para o juiz estabelecer essa data como ocorre no direito comparado: o critério caberá à prudente decisão do magistrado, cujo cuidado deve ser extremo.” (o que consta do parêntesis é ilustração nossa).

Noutro giro, também é provável que a liquidação dos sinistros por morte daqueles passageiros que hajam deixado seguro de pessoa, venha a se deparar com questões relacionadas à **comoriência**, tratada no art. 8º do Código Civil, bastando que tenham falecido, no mesmo acidente, segurado e beneficiário, que serão considerados simultaneamente mortos.

Nesse tópico, o Código Civil de 2002 permaneceu fiel à corrente doutrinária do Código revogado, que adotou a teoria da presunção de simultaneidade das mortes acontecidas num mesmo evento sem que seja possível verificar qual das pessoas faleceu primeiro, caso em que, em relação ao direito sucessório e também aos seguros que demandem pagamento por morte real, como, por exemplo, segurado e beneficiário que falecerem em **comoriência**, será como

se o beneficiário comoriente não tivesse adquirido o direito ao capital, como se fora premoriente, ou beneficiário não designado.

O tema está abordado, com mais detalhes, como também o da morte real justificada e da morte presumida por ausência, em nossos livros *Direito de Seguro no Cotidiano* e *Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, ambos da “Editora Forense”, Rio.

5. Identidade entre os Seguros de Vida e de Acidentes Pessoais e outras considerações sobre as características da morte

Os seguros de Vida e de Acidentes Pessoais unem-se por alguns tantos pontos de identidade, malgrado algumas diferenças técnicas e operacionais que os separam. Podemos exemplificar com o fato de que ambos visam a cobrir tão somente a *morte real*, como já esclarecido, aquela que se comprova com a exibição de um atestado de óbito, jamais podendo cobrir a *morte presumida por ausência* onde inexistia atestado de óbito já que este é condição *sine qua non* para o recebimento do capital, justo porque é morte meramente fictícia e de interesse específico do direito sucessório, sendo que o seguro de acidentes pessoais visando a garantir a morte acidental, enquanto o de vida tanto a morte natural quanto a acidental.

Vale repetir, à exaustão, que a *morte real* pode ser caracterizada com ou sem a presença do cadáver. E já dissemos que, com o cadáver, não terão os interessados percalços consideráveis para obter a certidão de óbito, valendo realçar que, sem o cadáver, algumas providências haverão de tomar, indo a juízo para justificar a morte e obter do magistrado, com base em preceitos da Lei de Registros Públicos e do próprio Código de Processo Civil e, também, do art. 7º do Código Civil de 2002, a autorização para que o oficial do Cartório de Registros Cíveis possa lavrar o óbito, tão necessário aos beneficiários no recebimento do capital segurado. É o caso, por exemplo, e alhures citado, de um segurado passageiro de uma aeronave, que comprovadamente constou da sua lista de voo e nela também comprovadamente haja embarcado, mas que falecera em função de sua explosão, tão catastrófica e espetacular, que não fora possível localizar ou identificar o corpo.

Diante dessas evidências, os beneficiários não terão outras dificuldades além das procedimentais, ainda que em juízo, de justificar a morte e obter a respectiva certidão para o seguro ser pago. Bem ilustrativa de tal circunstância de morte real sem cadáver havida em

catástrofe, é também a daquela personalidade política nacional a cujo passamento a nação brasileira tempos atrás conheceu consternada, vale dizer, a do Deputado Ulisses Guimarães, em 12/10/92. É de conhecimento geral que o “Doutor Diretas” falecera na explosão de um helicóptero - juntamente com outras pessoas conhecidas, inclusive Dona Mora sua esposa - mas que seu corpo apesar do arco temporal, até hoje não fora localizado, encontrando-se ainda perdido, decomposto, no fundo do mar próximo do litoral sul fluminense, a despeito de os corpos dos demais tripulantes daquele helicóptero já terem sido localizados e resgatados. Assim é que, se porventura o Deputado deixara seguro, de Vida ou de Acidentes Pessoais, no que se acredita por seu espírito previdenciário, os seus beneficiários (*se D. Mora, sua esposa, ou os herdeiros dela em face de comoriência, conforme prevê o CC segundo a qual se presume a morte simultânea de duas ou mais pessoas se não for possível demonstrar qual faleceu primeiro, hipótese em que não há transferência de direitos entre os comorientes*), não teriam tido obstáculos para justificar a morte perante a vara de registros públicos, principalmente ante a notoriedade e publicidade como se dera e daí obtendo a certidão de óbito e enfim o seguro, se cobertura houver.

Ambos esses seguros - vida e acidentes pessoais - também se identificam, se igualam, porque igualmente não cobrem a *morte presumida por ausência* (artigos 6º e 22 do novo Código Civil), aquela que se caracteriza por mera ilação da lei, numa ficção com vistas a interesses no direito sucessório, posto que certidão de óbito daí não se extrai, na medida em que objetiva tão somente declarar a morte presumida daquele que se ausentara ou desaparecera sem deixar vestígios, sem que tenham indícios de morte por catástrofe, fruto de um mero desaparecimento. Abre-se num primeiro momento a sucessão provisória, para, ao cabo de um bom e duradouro tempo, abrir-se a sucessão definitiva e, já aí decorridos longos anos, declarar-se a morte presumida por ausência, em que a presunção é mais de vida do que de morte, haja vista que o próprio legislador admite, expressamente, o reaparecimento do ausente, mesmo após a declaração da morte presumida, se ainda não vencido o tempo de sobrevida humana, justo por tratar-se de uma ficção legal, com interesses primordiais no direito sucessório, e, não, no seguro, para que os bens presentes do ausente não fiquem à deriva, entrando logo na administração de seus herdeiros, de modo a que não pereçam. Não sem repisar que seguro não é herança para nenhum efeito de direito, consoante dispõe o Código Civil (art. 794).

A sentença que declarar a morte presumida por ausência tem, de fato, eficácia *erga omnes*, mas não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que surjam novas provas, se tenha notícia da localização do desaparecido ou se dê o seu retorno, razão suficiente para não gerar direito ao capital segurado, insuscetível na prática de devolução em caso de retorno com vida do segurado desaparecido, quando muito a devolução de reserva formada e reduzida por *saldamento* nos seguros de vida individuais constituídos pelo regime de acumulação (*art. 796 do CC*), conforme antes esclarecido.

Por outro lado, os pontos de identidade entre esses dois seguros levaram à que o legislador editasse o Decreto nº 605/92, admitindo àquelas seguradoras que já operassem o seguro de vida pudessem também operar o seguro de Acidentes Pessoais, independentemente de nova e específica autorização governamental.

6. Outro exemplo marcante de acidente aéreo para ilustrar o tema. Os seguros privados de vida e acidentes pessoais não se confundem com o seguro público operado pelo INSS

O trágico e lamentável acidente ocorrido com aeronave da Air France em junho de 2009, na rota Rio-Paris, com o voo 447, do qual se presume tenham falecido todas as 248 pessoas que estavam a bordo, sem que fosse possível resgatar-se pelas características da tragédia, nada além do pouco mais de dez por cento dos corpos das vítimas, nem todos ainda identificados, bem ilustra o tema deste estudo, valendo para tanto os respectivos aspectos jurídicos que aqui abordamos, e reservados à liquidação de sinistros relacionados à cobertura por morte, inclusive daqueles que, independentemente dos seguros da aeronave, possuíam seguros de vida e ou de acidentes pessoais, especialmente em seguradoras brasileiras.

Tais seguros privados de pessoa, que por óbvio não se confundem com seguridade social, têm por objeto, como visto, cobrir a *morte real* mediante a exibição da certidão de registro de óbito, com ou sem cadáver, sendo que, nesta última hipótese, será preciso uma justificativa judicial se ocorrida a morte em acidente no qual se possa demonstrar a presença da vítima, por isso não iremos aqui considerar a morte presumida por ausência, de interesse do direito sucessório que, para ser declarada, demandaria muito tempo diante das formalidades que a lei determina para abertura da sucessão

provisória até a declaração da *morte presumida do ausente*, esta que, na verdade, por ilação da lei, trata-se de *morte fictícia*, haja vista que o próprio legislador admite, expressamente, o reaparecimento do ausente, mesmo após a declaração da morte presumida. E isto porque se trata de uma ficção legal, com interesses voltados mais ao direito sucessório, e, não, ao seguro privado.

Mas, com o mesmo interesse do direito sucessório, a lei é expressa quanto ao *benefício da previdência social*, eis que, para requerer a pensão paga pelo INSS nos casos de desaparecimento do segurado em catástrofe, acidente ou desastre, os dependentes do desaparecido não precisam apresentar, de imediato, a declaração da morte presumida. A Previdência Social aceita como prova do desaparecimento o boletim de ocorrência da Polícia – documento confirmando a presença do segurado no local do desastre –, noticiário dos meios de comunicação, entre outros, mas, enquanto não finalizar o processo que decretará a morte presumida, a cada seis meses os beneficiários terão de fornecer posição atualizada do processo à autoridade competente. É que o INSS tem a faculdade de, a qualquer tempo, cancelar o benefício mensal, enquanto o segurador privado, se se arvorasse com o pagamento antecipado sem a prova efetiva da morte, não teria como reaver o capital segurado assim pago de uma só vez.

Ainda com referência ao *direito previdenciário*, para efeito de pensão previdenciária, o STJ já se manifestou no sentido de que a concessão do benefício por morte presumida começa a contar desde a data do desaparecimento do segurado. Assim, no caso do acidente com o voo 447 da Air France, por exemplo, a data da morte, em tese, deverá ser o dia 31 de maio de 2009, quando houve o último contato da aeronave com o controle de voo.

Para esse fim, o artigo 78 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, determina que, “*por morte presumida do segurado declarada pela autoridade judicial competente, depois de seis meses de ausência, será concedida pensão provisória*”. Mas seu parágrafo 1º prevê que, mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo estatuído por este artigo.

A morte real presumida e justificável seria o caso da grande maioria dos citados passageiros e tripulantes da aeronave da Air France, da

qual se excluem as vítimas cujos corpos foram identificados, quando os óbitos poderiam ser lavrados, mediante declaração do médico legista, independente de justificativa judicial.

7. Entendimento divergente em decisão isolada do STJ sobre o pagamento do capital em seguro de vida no caso de morte presumida com declaração de ausência

Não poderia deixar de mencionar a existência de um julgado único, por isso isolado sobre o tema, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp nº 1.298.963-SP, cujo voto, do qual me permito discordar, hostilizou decisão unânime do TJSP assim ementada: “*SEGURO DE VIDA. COBRANÇA. Não caracterizada a morte da segurada, incabível o pedido de indenização formulado pelas beneficiárias. Sentença mantida*”.

Tratava-se de demanda pela qual as beneficiárias pleitearam o recebimento de capital segurado, contratado em seguro de vida, em face da morte presumida de sua mãe desaparecida em 29/08/2004, sob o pálido argumento de que a abertura da sucessão provisória, que estabelece uma presunção relativa de óbito do ausente, já seria suficiente para o pagamento do capital segurado. O voto do Ministro, no entanto, considerando que o desaparecimento, no caso, se dera após a vigência do CC de 2002, entendeu que a morte presumida por ausência da segurada somente poderia se dar depois de transcorrido o decênio previsto no artigo 37 do CC de 2002, contado do trânsito em julgado da decisão que determinou a abertura da sucessão provisória. E com tal premissa, votou no sentido de deferir o pagamento do capital após o decurso desse prazo, mas numa situação fática que, segundo o ministro, levava à presunção de que se tratava mesmo de uma morte real, já que segundo as circunstâncias não se poderia presumir má fé da segurada ou abandono consciente ou intencional de suas filhas menores sem dar notícias de seu paradeiro, por isso considerou, após o decênio referido, a presunção da morte natural da desaparecida, com direito as beneficiárias ao capital segurado, não havendo porque, ainda segundo o ministro, não fazer o contrato de seguro de vida ser alcançado por esse reconhecimento.

O voto, no entanto, com todas as vênias, não traz argumentos consistentes para tal conclusão, talvez porque se deixara mais impressionar pelo aspecto social do que por razões juridicamente válidas. Ouso, portanto, discordar do voto do eminente Ministro, que

certamente não se ateuve ou não prestara a devida atenção aos detalhes jurídicos que informam e conformam o contrato de seguro privado de pessoa, dentre outros os que abordamos nos itens precedentes.

8. Os artigos citados do Código Civil

8.1. Direito da personalidade. Início da personalidade. Lesão e ameaça

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

“Art. 12 Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

8.2. Ausência. Fim da existência da pessoa natural

“Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

“Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

“Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador”.

8.3. Decênio para abertura da sucessão definitiva

“Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.”

8.4. Comoriência

“Art. 8º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”

8.5. Seguro não é herança. Não nomeação de beneficiário. Não pagamento de prêmio e saldamento

“Art.794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.”

“Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.”

“Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.”

9. Referências Onomásticas

- Amarildo Dias de Souza.
- Benjamim Franklin (jornalista, cientista e diplomata norte americano - 1790).
- Bíblia (Sabedoria).
- Demóstenes (filósofo, pensador e político grego - 322 AC).
- Eliza Samúdio.
- Horácio Flaco (poeta e filósofo romano - 8 AC).
- José Saramago (Viagens a Portugal).
- Marielle Franco (Vereadora assassinada no Rio de Janeiro).
- Padre Antônio Vieira (Sermão 1642).
- Paulo de Tarso Sanseverino (Ministro STJ. Relator no REsp nº1298963-SP).
- Ricardo Bechara Santos (Direito do Seguro no Cotidiano e Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Forense-Rio).
- Silvio de Salvo Venosa (Escritos sobre o Código Civil).
- Wilton Paes de Almeida (nome do prédio incendiado em SP).
- Ulisses Guimarães (Deputado - “Doutor Diretas”).

A Teoria do Adimplemento Substancial no contrato de seguro

Ricardo Celso de Magalhães Loureiro Carrez Gonçalves¹

Resumo: À luz de uma necessária releitura dos institutos do Direito Privado, em uma acepção funcional consubstanciada nos valores constitucionais, surge no ordenamento jurídico brasileiro a Teoria do Adimplemento Substancial como importante instrumento de bloqueio ao exercício desarrazoado do direito de resolução contratual, impondo um juízo valorativo sobre o adimplemento parcial, com vistas à preservação do negócio jurídico. Sua aplicação nos casos que se referem a contratos de seguro requer cuidados, devendo sempre considerar as particularidades desta espécie de contrato, sua complexa disciplina legal e, principalmente, o equilíbrio da mutualidade. De fato, a cultura do mutualismo ainda não se desenvolveu no Brasil, de modo que o Poder Judiciário, por não compreender bem o funcionamento da operação de seguros, comete equívocos na aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Abstract: In light of the necessary review of the institutes of Private Law, in a functional meaning based on constitutional values, the substantial performance theory comes up in the Brazilian legal system the substantial performance theory as an important instrument of avoiding the unreasonable contract termination, imposing a value judgment upon the performance, in order to preserve the legal business. Applying in cases of insurance contracts require special attention, considering its specificities, its complex legal discipline and, mostly, the mutuality balance. In fact, the culture of mutualism is not yet developed in Brazil, therefore the brazilian Courts of Justice, for not understanding entirely the insurances operation, commits mistakes in the application of the theory of substantial performance.

Palavras-chave: Contrato de seguro – Adimplemento Substancial – Boa-fé objetiva.

Keywords: Insurance Contract – Substantial Performance – Objective Good Faith.

1 - Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ e em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA. Advogado e autor e artigos jurídicos na área do Direito Civil. Integrou a Assessoria Jurídica do Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado do Rio de Janeiro (triênio 2013-2018).

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Teoria do Adimplemento Substancial. 2.1. Evolução histórica. 2.2. Da recepção da Teoria do Adimplemento Substancial. 2.3. Compreensão da Teoria do Adimplemento Substancial. 2.4. Uma breve análise da jurisprudência. 2.5. Breves conclusões acerca dos critérios de aplicação adotados no Brasil. 3. Do contrato de seguro. 3.1. Desenvolvimento histórico. 3.2. Da qualificação jurídica do contrato de seguro - da nova definição adotada pelo Código Civil de 2002. 3.3. Da relevância social e econômica da atividade securitária. 3.4. Dos elementos essenciais do contrato de seguro. 3.5. Dos princípios mais relevantes do contrato de seguro. 3.5.1. Do princípio da mutualidade. 3.5.2. Do princípio da boa-fé. 4. Da doutrina do Adimplemento Substancial no contrato de seguro. 4.1. Da suspensão do direito à indenização - art. 763 do Código Civil de 2002. 4.2. Da natureza jurídica da mora do segurado - da jurisprudência do STJ e do Projeto de Lei do Senado nº 234/2014. 4.2.1. Do enunciado nº 371 do CJF - IV Jornada de Direito Civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Pode-se afirmar que o direito das obrigações é um dos ramos mais tradicionais do Direito Civil, sendo notório que seus principais institutos permanecem ainda vinculados à doutrina clássica do Direito Romano. Portanto, para atender às demandas da sociedade contemporânea, exige-se uma releitura do Direito Privado em uma acepção funcional, revigorando todos os seus ramos. A funcionalização do patrimônio é um dos principais fundamentos da nova teoria contratual, consubstanciada nas diretrizes humanistas traçadas pelo Constituinte de 1988.

À luz dessa nova acepção, diante da significativa transformação nos institutos do inadimplemento obrigacional e de extinção dos contratos, surge a Teoria do Adimplemento Substancial como importante instrumento de bloqueio ao exercício desarrazoado do direito de resolução contratual, impondo um juízo valorativo sobre o adimplemento parcial, com vistas à preservação do negócio jurídico.

De acordo com a Codificação Civil brasileira vigente, em seu artigo 475, o contratante lesado por inadimplemento tem o direito de pedir a resolução do vínculo contratual, caso não prefira exigir o cumprimento da obrigação, sempre cabendo indenização por perdas e danos. Nota-se que a literalidade do referido dispositivo legal não indica qualquer forma de oposição pelo contratante inadimplente à determinação do credor na relação obrigacional. Deve ser anotado, ainda, que o legislador brasileiro não se preocupou com a gravidade do descumprimento

obrigacional, destoando do tratamento dado pelos legisladores italianos, alemães e portugueses que, em suas respectivas codificações, criaram enunciados normativos para casos de inadimplemento parcial, de pouca importância. A Teoria do Adimplemento Substancial ainda não tem previsão expressa na legislação pátria. Contudo, a recepção de tal doutrina no ordenamento jurídico brasileiro se deu através da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Ademais, na legalidade constitucional brasileira impõe-se uma constante busca pelo equilíbrio contratual, exigindo-se cooperação mútua das partes envolvidas, a fim de que os objetivos das mesmas quando da constituição do vínculo obrigacional sejam alcançados. Contudo, conforme se esclarecerá no presente estudo, sua aplicação nos casos que se referem a contratos de seguro requer cuidados, devendo sempre considerar as particularidades da referida espécie de contrato, sua complexa disciplina legal e, principalmente, o equilíbrio da mutualidade.

De fato, o seguro é essencial para o desenvolvimento da sociedade contemporânea. Entretanto, ainda é uma espécie de contrato incompreendida neste país. A cultura da mutualidade ainda não se desenvolveu no Brasil, de modo que o cidadão brasileiro, e também o Poder Judiciário, não compreende bem o funcionamento da operação securitária. Tem-se em vista o conflito individual, a vítima de um dano, que pode não ter direito contratual à indenização contra a companhia seguradora, e não havendo preocupação com os interesses da universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador.

Há mais de três séculos a Rainha da Inglaterra, Elizabeth I, em poucas palavras definiu a essencialidade da mutualidade na técnica dos seguros: “com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número”². O cidadão brasileiro ainda não entende este eficiente mecanismo. Torna-se necessário, pois, a compreensão do contrato de seguros como “planejamento de vida e não como serviço de consumo para uso imediato”³.

2- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª edição. São Paulo, Atlas, 2014, p. 495.

3- CARLINI, Angélica. “A proteção do consumidor de seguros e a construção da relação de confiança”, in CARLINI, Angélica; Santos, Ricardo Bechara: (organizadores). *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*, Rio de Janeiro, Funenseg, 2011, p. 72.

Merece destaque a importância socioeconômica dos seguros na sociedade moderna, pois, sendo um eficiente instrumento de diluição de riscos, proporciona garantia às atividades empresariais de diversos ramos; possibilita uma melhor qualidade de vida ao cidadão ao assegurar a reparação de seu patrimônio no caso de ocorrência do evento danoso previsto no contrato; contribui para o melhor acesso à atendimentos médicos com o oferecimento de seguros saúde, etc. Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho, “poucos têm em exata dimensão a importância do seguro no mundo econômico moderno; mais do que meio de preservação do patrimônio, tornou-se também, instrumento fundamental de desenvolvimento”⁴.

Por ser uma atividade tão relevante na sociedade moderna, a operação de seguros é também rigorosamente regulada e tem na legislação uma série de requisitos para o seu exercício. Já no primeiro artigo do capítulo que trata do contrato de seguro no Código Civil vigente constata-se a intervenção do Estado no setor, estabelecendo-se a necessidade de autorização legal para figurar no contrato como segurador (parágrafo único do artigo 757). Ademais, através do Decreto-lei 73/66, criou-se o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), ao qual coube “fixar as diretrizes e normas da política governamental para os segmentos de seguros privados, resseguros, capitalização e previdência complementar, no âmbito das entidades abertas, por meio de resoluções”⁵. Entretanto, a instrumentalização dos ditames do CNSP atribui-se à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda responsável, principalmente, pela fiscalização do setor e aplicação de penalidades aos operadores da atividade securitária. Toda esta intervenção do Estado se justifica pela necessidade de “assegurar a higidez econômico-financeira do plano de seguros e a segurança da garantia dos segurados e beneficiários”⁶.

O estudo da jurisprudência brasileira revela que a Teoria do Adimplemento Substancial tem sido aplicada pelo Poder Judiciário de maneira equivocada nos casos que envolvem contrato de seguro, afastando os efeitos da mora que, na forma do artigo 763 do Código

4- CAVALIERE FILHO, Sérgio. Op.cit., p. 501.

5- NUNES, Diego. *Do Papel do Órgão regulador e fiscalizador: Aspectos Jurídicos do contrato de seguro*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 94

6- MIRAGEM, Bruno. “O Direito dos Seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução”. In MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coordenadores). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1ª Edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

Civil vigente, acarretaria a suspensão do direito a uma indenização se o sinistro ocorresse antes de sua purgação. Para a devida incidência da teoria em estudo, impõe-se, conjuntamente, a verificação do comportamento do segurado, se estaria ou não pautado no padrão de conduta delineado pela boa-fé objetiva.

2. Da Teoria do Adimplemento Substancial

A doutrina ora analisada tem sua origem e desenvolvimento no sistema Common Law no século XVIII pelos Tribunais Ingleses, que enfrentavam uma ausência de precedentes em situações nas quais o devedor teria inadimplido uma parte mínima da obrigação. Passou-se a questionar se a resolução do contrato nestas hipóteses geraria uma injustiça. Desse modo, a Teoria do Adimplemento Substancial surge para permitir a preservação do contrato, sob o argumento que inadimplemento mínimo não justifica a medida drástica da extinção do vínculo contratual.

Na forma do artigo 475 da Codificação Civil Brasileira de 2002 é facultado ao credor prejudicado pelo inadimplemento requerer a resolução do contrato, se não preferir exigir o cumprimento da obrigação, cabendo indenização por perdas e danos em qualquer das hipóteses. Nota-se que o legislador não previu a necessidade de se analisar a gravidade do inadimplemento para permitir a extinção do contrato, pois o referido dispositivo legal não indica se o inadimplemento de pouca importância também autorizaria o rompimento do vínculo contratual.

A Teoria do Adimplemento Substancial surge como um importante instrumento de bloqueio ao exercício desarrazoado do direito de resolução contratual, impondo um juízo valorativo sobre o adimplemento parcial, com vistas à preservação do negócio jurídico. Esta teoria não está prevista expressamente na legislação brasileira. Entretanto, com fundamento basilar no princípio da boa-fé objetiva, o judiciário brasileiro a tem aplicado.

2.1. Evolução histórica

No Direito Romano não havia para casos de inadimplemento obrigacional uma ação de resolução; logo, caberia ao contratante adimplente tomar medidas para a perquirição do cumprimento do pactuado. A dissolução do vínculo contratual só ocorria em casos

excepcionais⁷. Foi sob a influência do Direito Canônico que se passou a considerar implícita a possibilidade de resolução dos contratos com obrigações recíprocas, devido ao reconhecimento da interdependência das obrigações e por razões de equidade⁸.

Com o intento de impedir a ocorrência de injustiças advindas de uma resolução contratual motivada por descumprimento insignificante, surge a Teoria do Adimplemento Substancial (*doctrine of substantial performance*). Originada no *Common Law*, inicialmente em julgados dos tribunais ingleses no século XIX, tal teoria encontrou seu fundamento no princípio da boa-fé para dirimir os conflitos que não tinham solução nos precedentes existentes. O Direito Contratual da época não admitia o cumprimento inexato, segundo as lições do professor americano Larry A. Dimatteo (*University of Florida*)⁹:

*“Historicamente, a Sanctity of the Contract e o clássico formalismo do Direito Contratual determinavam que o adimplemento deveria ser estritamente cumprido. O sistema Common Law dos séculos XVII e XVIII tutelava o direito irrestrito de rejeitar o cumprimento defeituoso da obrigação, não importando a gravidade de tal falha. O estrito e total adimplemento do pactuado era o instrumento de aferição de violação contratual”*¹⁰.

A Teoria do Adimplemento Substancial foi adotada pela primeira vez em 1779, no caso *Bonee v. Eyre*, pelo julgador Lorde Mansfield. Neste emblemático caso, os contratantes pactuaram a transferência da titularidade de uma plantação nas Índias Ocidentais, incluindo os

7 - BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38

8 - MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações*. Saraiva, 2011, p. 56.

9 - DIMATTEO, Larry A. Articles – “Equity’s modification of Contract: An analysis of the twentieth Century’s Equitable Reformation of Contract Law”, p. 298.

10 - Tradução do autor. DIMATTEO, Op.cit., p. 298. No original: “Historically, sanctity of contract and classical contract law’s formalism dictated the performance had to be strictly performed. The power to expect perfect or strict performance in the common law has a long lineage. The common law of seventeenth and eighteenth centuries believed in the unfettered right of rejection no matter how trivial the defect in performance. Strict and full performance were the measuring stick for determining contractual breach”.

escravos na negociação, por quinhentas libras e renda anual vitalícia de cento e sessenta libras. Em razão do atraso de Eyre no pagamento ajustado no contrato, Boone ajuizou ação de cobrança, entretanto, em reconvenção, Eyre sustentou que Boone teria descumprido o contrato, pois os escravos teriam deixado o local. Entendendo pelo não cabimento de resolução contratual o tribunal julgou pela procedência da demanda, distinguindo obrigações dependentes (*conditions*), associadas às prestações correlativas da outra parte, e obrigações independentes (*warranties*), de natureza acessória. Nas palavras do professor inglês Michael Furmston:

*“De acordo com essa teoria, que remonta ao julgamento do caso Boone v. Eyre, por Lord Mansfield em 1779, se uma das partes adimplir substancialmente a prestação pela qual se comprometeu, ainda que de forma inexata, a outra não poderá se considerar exonerada de sua respectiva obrigação”*¹¹.

Verifica-se no julgado analisado que houve um juízo valorativo do direito à resolução contratual pelo redor, avaliando a dimensão do inadimplemento em face de toda a relação contratual. Nas palavras do professor Anderson Schreiber:

*“Inspirada na substantial performance do direito anglo-saxônico, tal construção surge com o propósito de autorizar a avaliação de gravidade do inadimplemento antes de deflagrar a consequência drástica consubstanciada na resolução da relação obrigacional”*¹².

Todavia, convém ressaltar que a construção e o reconhecimento da doutrina em estudo, bem como a incidência do princípio da boa-fé, não sucederam ao precedente acima descrito. Em 1975, no caso Cutter v. Powell, a análise dos limites ao direito formativo do credor de resolução na hipótese de adimplemento substancial

11 - Tradução do autor. FURMSTON, Michael Philip. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 16th Edition, 2012. No original: According to this doctrine which dates back to Lord Mansfield's Judgment in Boone v. Eyre in 1779, if there has been a substantial though not an exact and literal performance by the promisor, the promise cannot treat himself as discharged.*”, p. 669.

12- SCHREIBER, Anderson. “A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento substancial e outras figuras)”, in *Direito Civil e Constituição*. São Paulo. Atlas, 2013, p. 110.

retornou às cortes inglesas e, lamentavelmente, o formalismo e o rigor impostos pelo princípio do *pacta sunt servanda* prevaleceram. No referido caso a Corte julgou improcedente a ação em que uma viúva pleiteava remuneração proporcional pelos serviços prestados por seu cônjuge, que era marinheiro e faleceu após aproximadamente um mês e meio de serviço. Tendo em vista que o contrato previa que a prestação de serviços deveria perdurar até que o navio alcançasse seu destino, os julgadores entenderam que a morte do marinheiro teria caracterizado falha no cumprimento de sua obrigação, causando prejuízos à embarcação, e, desse modo, à viúva não seria cabível qualquer quantia¹³.

Com o objetivo de garantir o equilíbrio contratual e inibir decisões que beneficiem um dos contratantes em prejuízo do outro surge a Teoria do Adimplemento Substancial. Trata-se, pois, de uma limitação ao direito de resolução contratual pelo credor prejudicado, no sentido de realizar juízo de merecimento de tutela, à luz do caso concreto.

2.2. Da recepção da Teoria do Adimplemento Substancial

Inicialmente, cumpre destacar que a legislação pátria não prevê expressamente a Teoria do Adimplemento Substancial. A seguir será a exposta a forma com que o direito brasileiro recepcionou a doutrina em análise, traçando a título exemplificativo uma breve comparação entre o Código Civil Brasileiro e as Codificações Cíveis de Portugal, Itália e Alemanha no que se refere às consequências do inadimplemento obrigacional.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 475, dispõe que o contratante lesado por inadimplemento tem o direito de pedir a resolução do contrato, caso não prefira exigir o cumprimento da obrigação, cabendo sempre indenização por perdas e danos. Nota-se que o dispositivo legal em análise não apresenta qualquer forma de oposição pelo contratante inadimplente à determinação do credor na relação obrigacional. Questiona-se, pois, se a faculdade atribuída ao credor de resolver o contrato prevista no artigo 475 do Código Civil pode sofrer alguma limitação pelo sistema jurídico. Acerca do tema Marcos Jorge Catalan esclarece:

13 - DA SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. *Adimplemento substancial*. Dissertação (Mestrado na área de Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, 2006, p. 20.

“Nesta esteira de raciocínio, pode-se afirmar que violado o direito subjetivo atribuído ao credor por força da relação jurídica obrigacional existente entre as partes, nasce para o detentor do crédito a possibilidade de impor ao devedor, titular do dever jurídico, um dar, fazer ou não fazer, exigindo-lhe, por meio das vias legais, a adoção de um comportamento comissivo ou omissivo. [...] De fato, ao dispor o Código Civil que a parte lesada pelo inadimplemento poderá pedir a resolução, afere-se, de modo hialino, a ideia de alternativa, atribuindo verdadeiro direito de escolha ao credor, salientando-se, ademais, que a parte final do art. 475 do aludido código é expressa ao conceder tal direito, na hipótese do credor não exigir o cumprimento da prestação devida, situação que somente vem a reforçar a sustentada ideia de faculdade”¹⁴.

Será demonstrado a seguir que o legislador brasileiro não teve a mesma preocupação com a avaliação da gravidade do descumprimento da obrigação que tiveram os legisladores italianos, alemães e portugueses, pois nas respectivas codificações estrangeiras há enunciados normativos para casos de inadimplemento parcial, de pouca importância.

No Código Civil Italiano há previsão do denominado *inadempimento di scarsa importanza* (inadimplemento de pouca importância), do qual se constata a clara intenção do legislador codificante em determinar que a análise da dimensão do descumprimento contratual é essencial para conceder ao credor o direito de resolução. Assim dispõe o referido Código¹⁵:

“Art. 1455. O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tenha pouca importância, em consideração ao interesse da outra.”

De forma semelhante o legislador alemão também restringiu o direito de resolução contratual, determinando que este somente será

14- CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre a Teoria do Adimplemento Substantial e sua recepção pelo direito brasileiro, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 71-73.

15- Código Civil Italiano. No original: *Art. 1455. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.*

aceito se a parcialidade não interessar ao credor, na forma do § 323 (5)² do BGB¹⁶:

“Se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual quando a lesão obrigacional for insignificante”¹⁷.

Deve ser ressaltado que o BGB impõe expressamente a boa-fé objetiva às partes contratantes no §242, de modo que são obrigadas a manter a lealdade e cooperação mútua durante todo processo obrigacional. Portanto, conclui-se que a interpretação da previsão legal alemã indica uma extensão do conceito de adimplemento aos deveres laterais, oriundos do princípio da boa-fé, revelando-se uma abordagem mais completa que a codificação civil italiana acerca do tema. Na Codificação Civil Portuguesa são os artigos 802º (nº 2) e 808º (nº 2), que dispõem sobre os efeitos do inadimplemento de “escassa importância”, vedando nestes casos o direito de requerer a resolução do vínculo contratual¹⁸. Nos termos dos mencionados artigos¹⁹:

“ARTIGO 802º (Impossibilidade parcial). 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. [...]”

“ARTIGO 808º (Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento) 1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente.”

16- Bürgerliches Gesetzbuch – Codificação Civil Alemã.

17- Adaptação livre transcrita em BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op.cit., p.47.

18- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op.cit., p. 49.

19- Código Civil Português. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf.

Em razão da ausência de previsão legal da Teoria do Adimplemento Substancial no Brasil, sua aplicação se fundamenta, principalmente, na boa-fé. O professor Anderson Schreiber destaca a relevância de tal princípio na recepção da doutrina em análise no ordenamento jurídico pátrio:

*“No Brasil, o silêncio do legislador de 2002 não tem impedido o acolhimento da noção, com base, mais uma vez, na boa-fé objetiva. De fato, afirma-se que, no âmbito da segunda função da boa-fé objetiva, consistente na vedação ao exercício abusivo de posição jurídica, o exemplo mais significativo é o da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante em relação ao contrato total”*²⁰.

O princípio da boa-fé ganhou maior relevância no Direito Brasileiro com o advento do Código de Defesa do Consumidor, normativa que muito contribuiu para a interpretação de cláusulas contratuais, na integração de obrigações ajustadas e na imposição de lealdade e correção aos contratantes. Segundos os professores Heloisa Helena Barbosa, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes:

*“Sob a perspectiva constitucional, a boa-fé decorre de ‘quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CF); 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (art. 3º, I, CF); 4. A igualdade substancial (art. 3º, III, CF)’ vinculados diretamente à dicção do art. 170, CF, de modo a enfatizar ‘o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional’”*²¹.

O princípio em foco exerce no sistema jurídico, entre outros, a função criadora de deveres anexos à prestação principal, que inclui

20 - SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p.111.

21 - TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, (orgs.) et al *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.17.

o dever de cooperação para o integral cumprimento do ajustado em contrato. Segundo Anderson Schreiber:

“No que tange à segunda função, a boa-fé objetiva exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante”²².

Ademais, a obrigação deve ser compreendida como um processo, pois seu início e término estão interligados pelo seu sentido final, qual seja, a efetivação dos interesses ajustados no contrato²³. Clovis V. do Couto e Silva conclui:

“A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos. Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existente, é que permite definir-se a obrigação como o fizemos. [...] Obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor”²⁴.

Logo, a obrigação não é um fim em si mesmo e, portanto, à luz do princípio da boa-fé objetiva, as partes têm o dever de cooperar para o satisfativo cumprimento contratual. O credor “deve facilitar o cumprimento da obrigação”, ajudando o devedor no cumprimento do pactuado “em termos de recebimento da prestação”, e o “devedor deve

22 - SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium* – 3ª Edição. Revista e atualizada – Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 87.

23 - MARTINS, Raphael Manhães. *Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato*. Revista da EMERJ, v.11, Nº 44, 2008, p. 221.

24 - SILVA, Clóvis do Couto e, *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2006, pp.168 e 169.

fazer tudo da melhor forma, de maneira simples”²⁵. São oportunas as lições de Judith Martins Costa:

“Com base na percepção da relação obrigacional como um processo que se desenvolve no tempo, em sucessivas fases, polarizado pelo inadimplemento, transpôs Couto e Silva para o direito civil brasileiro a concepção bettiana da existência imanente, nestas relações, de deveres de colaboração, ora secundários ou anexos à obrigação principal, ora apresentando-se, por força da boa-fé, como deveres autônomos. Conjugando estas concepções aos aportes da doutrina e da jurisprudência alemãs, que deram um notável desenvolvimento à norma do parágrafo 243 do BGB, atribuiu Couto e Silva, à boa-fé objetiva, o papel de fonte autônoma de direitos e obrigações, por cuja incidência “transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento”²⁶.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber destacam a relevância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais paritárias, fazendo observações quanto à função diferenciada nas relações consumeristas:

“Não há dúvidas de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor - qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. Em

25 - TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro de 2002: dez anos de experiência. In Christiano Cassetari. (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. 1ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 315 e 316.

26 - MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)*, in Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, p. 354.

*relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir*²⁷.

Com a promulgação do Código Civil de 2002 é confirmada a integração da boa-fé no ordenamento jurídico nacional, passando a ter aplicação objetiva em todos os deveres contratuais autônomos, não apenas em relações consumeristas. Conclui-se que a boa-fé objetiva pode ser definida como “um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade”²⁸. Portanto, deve ser estabelecido um limite ao direito de resolução previsto no artigo 475 do Código Civil, sendo tal argumentação amparada por sólidos fundamentos jurídicos como a “estabilidade que a sociedade espera das relações entabuladas diuturnamente e a incidência do princípio da boa-fé objetiva”²⁹.

2.3. Compreensão da Teoria do Adimplemento Substancial

A Teoria do Adimplemento Substancial se revela, portanto, um eficiente mecanismo de vedação ao uso desarrazoado do exercício do direito de resolução contratual. De acordo com Anelise Becker:

*“O princípio da boa-fé objetiva aí atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa-fé eximente ou absolutória), como causa de limitação ao exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, da qual é titular o credor da obrigação não cumprida”*³⁰.

27 - TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. Trabalho publicado na Revista da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em comemoração aos 15 anos da Constituição de 1988, vol. 6, n° 23, 2003, p. 34.

28 - STJ, 3ª T., REsp 1200105, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j: 21/05/2013.

29 - CATALAN, Marcos Jorge. Op.cit., p. 74.

30 - BECKER, Anelise. Apud. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al Op.cit., p.21.

Verifica-se, pois, que o direito de requerer a resolução do negócio jurídico em razão do inadimplemento do devedor “há de ser tratado também como direito potestativo concedido ao detentor do direito de crédito violado”³¹. Entretanto, deve-se analisar se este direito é merecedor de tutela, conforme assevera Pietro Perlingieri:

“O direito potestativo exprime sempre o máximo grau de tutela: o exercício do poder discricionário produz efeitos não somente na esfera do titular, mas também naquela de outros sujeitos que nada podem fazer para neutralizá-los. A atribuição a um sujeito de tal poder deve por isso ter uma razão justificadora e merecedora de tutela, a qual deve ser individualizada no âmbito de outras e mais situações subjetivas das quais o direito potestativo é integrante”³².

Ademais, a relação jurídica contratual não pode ser conceituada como “a estéril junção de dois momentos estáticos – o nascimento e o adimplemento da obrigação”³³, pois sempre tem uma finalidade e visa a satisfação dos interesses previstos. Nesta esteira de raciocínio, depreende-se que a resolução do vínculo contratual não ocorre de forma automática, dado que o descumprimento insignificante é insuficiente para gerar tal direito. Insta salientar que o inadimplemento pode ser absoluto, “quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo de forma útil ao credor”, ou relativo, no caso de mora do devedor, ou seja, quando ocorre cumprimento imperfeito da obrigação, com inobservância do tempo, lugar e forma convencionados (CC, art. 394)³⁴. Há ainda o inadimplemento mínimo, hipótese em que há cumprimento dos elementos essenciais do contrato, na qual os interesses do credor são praticamente satisfeitos, e, portanto, não justifica a extinção do vínculo contratual. É nesta hipótese que a Teoria do Adimplemento Substancial tem incidência.

31 - CATALAN, Marcos Jorge. Op.cit., p.72.

32 - PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 688.

33 - FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento Substancial*. São Paulo: Atlas, p. 9.

34 - GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematisado*, volume I. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 640.

Logo, se o adimplemento da obrigação for substancial a manutenção do vínculo contratual deve se sobrepor ao direito de resolução. Neste sentido estão as lições do professor Gustavo Tepedino:

“Pode-se afirmar, portanto, que seja em sua função interpretativa, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito à preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença”³⁵.

No tópico anterior do presente estudo esclareceu-se que o legislador brasileiro não previu a hipótese de adimplemento parcial da obrigação, ou inadimplemento mínimo, no Código Civil de 2002. Desse modo, para evitar injustiças, impõe-se um juízo valorativo sobre o direito de resolução contratual por inadimplemento. Prosseguindo nessa linha de raciocínio, a avaliação de gravidade do descumprimento para efeito de resolução do vínculo contratual deve ser feita à luz do caso concreto, observando as características do negócio jurídico específico. O professor italiano Pietro Trimarchi (*Università di Milano*) faz importantes anotações acerca da necessária valoração inadimplemento:

“É óbvio que o inadimplemento definitivo e total justifica sempre a resolução. No caso do inadimplemento parcial, atrasado ou inexato, o juiz ou o árbitro deverá proceder um juízo valorativo, pelo qual poderá verificar se o inadimplemento inexato traz incerteza sobre a possibilidade de conclusão ou correção, se abala consideravelmente a confiança na outra parte, se o dano pode ser facilmente compensado, se em comparação com um leve dano suportado pelo contratante a resolução configuraria um grave desperdício de recursos, se o requerimento de rescisão aparentemente se fundamente por um inadimplemento de pouco importância,

35 - TEPEDINO, Gustavo. “Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers”. In *Temas de Direito Civil*, t.2, Renovar, 2006, p.426

*mas na verdade o que a motiva é o arrependimento de ter celebrado o contrato*³⁶.

Ademais, a parte lesada pelo inadimplemento não deve fazer uso do direito de resolução para extinguir os efeitos de determinado negócio jurídico do qual se arrependeu de ter ajustado. Neste sentido Larry A. Dimatteo:

*“Desde que não caracterize uma injustiça, um defeito de menor importância não autoriza o contratante a recusar prestação alternativa, tampouco permite que o mesmo se utilize da resolução contratual para se esquivar de um negócio que não mais considere interessante”*³⁷.

Acerca da possibilidade de recusa pelo credor da parte adimplida da obrigação, novamente estão nas lições de Pietro Trimarchi:

“Acredito, todavia, em coerência com a função atribuída à norma, fundamentada na cláusula geral de boa-fé na execução dos contratos, que o adimplemento parcial não possa ser recusado, se a parte inadimplida tiver importância desprezível, ou pouca importância, e não seja possível esperar que o devedor, face à recusa do adimplemento parcial, possa proceder ao cumprimento

36- Tradução do autor. TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto, inadempimenti e remedi*, Milano, Giuffrè, 2010, p.67. No original: “È ovvio che l’inadempimento definitivo e totale giustifica sempre la risoluzione. Nel caso d’inadempimento parziale in ritardo o inesatto, il giudice o l’arbitro dovrà procedere a un valutazione, per la quale potrà considerare se l’inadempimento inesatto determina incertezza circa il suo complemento o la sua correzione, se fa venir meno ragionevolmente la fiducia nella controparte, se il danno può venire facilmente e pienamente risarcito, se a fronte di un lieve danno del contraente insoddisfatto la risoluzione porterebbe un grave spreco di risorse, se la domanda di risoluzione appare pretestuosamente riferita a un inadempimento di scarsa importanza, ma è in realtà dettata dal pentimento per un’operazione contrattuale divenuta non conveniente.”

37- Tradução do autor. DIMATTEO, Larry A. (1995). “The Norms of Contract: The Fairness Inquiry and the ‘Law of Satisfaction’ – A Nonunified Theory”. *Hofstra Law Review*: Vol. 24. Iss. 2, Article 8, p. 414. No original: “A minor defect does not permit the rejecting party to avoid counter-performance, since this would result in an injustice, nor does this allow the rejecting party to avoid a bad bargain through rescission of the contract”.

integral. Consideração análoga se aplica no caso de adimplemento inexato”³⁸.

2.4. Uma breve análise da Jurisprudência

O Superior Tribunal de Justiça teria pela primeira vez aplicado a Teoria do Adimplemento Substancial ao julgar o REsp. 76.362/MT, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No referido julgado são apresentados os primeiros métodos de adoção da doutrina em estudo, destacando a necessidade de se avaliar a gravidade do inadimplemento e análise do caso concreto, pois não haveria um critério objetivo para a definição do adimplemento substancial. Estão transcritos abaixo os trechos mais relevantes deste importante julgado de 1996:

“A falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a seguradora havia cumprido substancialmente o contrato. Ora, havendo o adimplemento substancial, descabe a resolução: “O adimplemento substancial, conforme definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui ‘um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização’ elou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.” (Anelise Becker, “A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista”, Rev. da Fac. Dir. UFRGS, vol. 9/Nº 1/1993, p.60). A mesma autora, depois de registrar que inexiste fórmula para a determinação do que seja o adimplemento substancial de um contrato, cabendo a sua definição no caso concreto, o que pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do Direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico – subsuntivo

38 - Tradução do autor. TRIMARCHI, Pietro. Op.cit., p. 68; No original: *“Ritengo tuttavia, in coerenza con la funzione così attribuita alla norma, che in base all’obbligo generale di buona fede nell’esecuzione del contratto l’adempimento parziale non possa essere rifiutato, se la parte mancante sia d’importanza del tutto trascurabile, oppure sia di scarsa importanza e non ci si possa attendere che il debitore, di fronte al rifiuto dell’adempimento parziale, possa provvedere all’adempimento integrale. Considerazione analoghe valgono per l’ipotesi di adempimento inesatto”*.

*pelo da concreção, conclui que: “O inadimplemento ou adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhe concede o direito de resolução, como medida preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações é necessário que tal inadimplemento seja significativo o ponto de privar substancialmente o credor da prestação a que teria direito”*³⁹.

Com a constante reelaboração da dogmática civilista à luz dos valores constitucionais, o vínculo contratual passou a ter um sentido muito mais social, com a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva, perdendo o conceito que o limitava a um meio de circulação de riquezas. Por outro lado, observa-se que os julgados brasileiros aplicam a Teoria do Adimplemento Substancial através de um critério meramente quantitativo, uma verdadeira análise matemática acerca do cumprimento obrigacional, conforme se verifica no trecho extraído de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*“O valor do imóvel foi avençado em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil Reais), sendo possível, em análise sumária, aferir pelos documentos juntados aos autos, que o saldo devedor é inferior à terça parte do preço total do bem, reconhecendo-se, portanto, o substancial cumprimento do contrato por parte do devedor”*⁴⁰.

De fato, foi correta a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no caso acima analisado, entretanto, deve-se questionar se era necessário fazer uso de um critério quantitativo. A ausência de previsão normativa sobre o tema pode ser a razão da frequente utilização de cálculos para aferir se o direito subjetivo de resolução é merecedor de tutela. A argumentação através de um critério qualitativo revela-se mais adequada, no sentido de investigar se o cumprimento parcial atingiu a função a ser realizada na relação contratual específica. O professor Anderson Schreiber faz importantes críticas acerca do critério vulgarmente utilizado pela jurisprudência:

39 - STJ, 4ª T., REsp. 76362, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j: 11/12/1995.

40 - TJ, 2ª T., AGR INSTR 0033708-85.2013.8.19.0000, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j:25/06/2013.

“O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em uma abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato “com a falta de apenas uma prestação”, ou o reconhecimento pelo credor de “16 das 18 parcelas do financiamento”, ou a “hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito”. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição de percentual, declarando substancial o adimplemento nos casos “em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas, ou do pagamento “que representa 62,43% do preço do contrato. [...] o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento tout court, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual”⁴¹.

Em uma breve análise de alguns julgados estrangeiros verifica-se que os critérios de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial não se limitam no aspecto quantitativo, com maior foco na conduta de boa-fé e nos interesses ajustados na relação contratual, prevalecendo a manutenção do negócio jurídico ao rompimento. Nesse sentido é o Julgado da Corte de Apelação do Estado americano de Kansas cuja ementa se transcreve abaixo:

“CORTE DE APELAÇÃO DO ESTADO DE KANSAS – Nº 108,315. Dentre os princípios do direito contratual, a teoria do adimplemento substancial dispõe que o adimplemento pode ser considerado completo se o propósito

41 - SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. Op.cit., p. 111.

essencial do contrato for alcançado, ainda que não tenha sido de forma exata, considerando que a parte de boa-fé buscou cumprir os termos da avença”⁴².

O seguinte julgado italiano demonstra a relevância da avaliação do comportamento da parte, verificando se este não se afastou das diretrizes da boa-fé para justificar a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial:

“A determinação do prêmio nos contratos de seguro contra dano, feita convencionalmente com base em elementos variáveis, aduz que o adimplemento do segurado é o adimplemento de uma obrigação civil [...] e como tal deve ser valorada, tendo em vista o comportamento de boa-fé da parte no cumprimento do contrato, o tempo em que a prestação é efetuada e a importância do inadimplemento”⁴³.

42- Tradução do Autor. No original: “N° 108,315 IN THE COURT OF APPEALS OF THE STATE OF KANSAS FIRST NATIONAL BANK OF OMAHA, as successor by merger to FIRST NATIONAL BANK OF KANSAS, Appellee, v. CENTENNIAL PARK, LLC, et al (CENTENNIAL PARK, LLC, BRADLEY D. VINCE, RICHARD H. SAILORS), Appellants. Under the principles of contract law, the doctrine of substantial performance provides that a party’s performance may be considered complete if the essential purpose of the contract is accomplished and that party has made a good-faith attempt to comply with the terms of the agreement even though he or she fails to meet the precise terms of the agreement. *Dexter v. Brake*, 46 Kan. App. 2d 1020, 1033, 269 P.3d 846 (2012).”Substantial performance is the antithesis of material breach. If it [is] determined that a breach is material, it follows that substantial performance has not been rendered.[Citation omitted.]”. *Almena State Bank v. Enfield*, 24 Kan. App. 2d 834, 838, 854 P.2d 724 (1998). A material breach is one where the promisee receives something substantially less or different than what he or she bargained for. 24 Kan. App. 2d at 838. Disponível em: <http://www.kscourts.org/cases-and-opinions/opinions/CtApp/2013/20130322/108315.pdf>. Acesso em 15/05/2015.”

43- Tradução do Autor. Cassazione, Sez. III, 8 aprile 2010, n° 8368. No original: “La determinazione del premio nei contratti di assicurazione contro i danni, fissata convenzionalmente in base ad elementi variabili (cosiddetta assicurazione con clausola di regolamento del premio assicurativo), comporta che l’adempimento dell’assicurato è adempimento di una obbligazione civile diversa dalle obbligazioni indicate nell’art. 1901 cod.civ. e come tale deve essere valutata, tenendo conto del comportamento di buona fede tenuta dalle parti nell’esecuzione del contratto, del tempo in cui la prestazione è effettuata e dell’importanza dell’inadempimento”.

No mesmo sentido está o julgado da Corte de Apelação da Flórida, analisando se o direito de resolução é justo face ao inadimplemento que muito se aproxima dos interesses do credor, nos seguintes termos:

“Adimplemento substancial é o cumprimento quase equivalente ao que fora ajustado.” Pullman v. Hercules Inc., 711 So. 2d 72, 75 (Fla. 1st DCA 1998). Adimplemento substancial é o cumprimento contratual, que embora não seja completo, é tão próximo da expectativa do credor que não seria razoável negar ao devedor todos os efeitos do contrato, em razão de sua falha em adimplir integralmente a obrigação”⁴⁴.

2.5. Breves conclusões acerca dos critérios de aplicação adotados no Brasil

Demonstrou-se que o legislador brasileiro não tratou de forma cuidadosa as consequências do descumprimento contratual, tendo em vista que não fez constar na Codificação Civil em vigor soluções para as hipóteses de inadimplemento de pouca importância e o adimplemento substancial da obrigação assumida pela parte contratante. Desse modo, o princípio da boa-fé objetiva exerce um papel importantíssimo nas relações contratuais, limitando o direito potestativo do credor, norteador a análise do comportamento do devedor no desempenho de suas obrigações, entre outras, servindo como fundamento de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que os critérios de aplicação da Teoria em estudo pelo Poder Judiciário devem ser aprimorados, pois a análise meramente quantitativa do inadimplemento revela-se insuficiente para determinar a melhor solução no caso concreto. Deve-se, portanto, avaliar se o cumprimento parcial teria ou não atingido a função almejada quando a relação contratual fora constituída, examinando a questão através de um critério qualitativo. A manutenção do negócio jurídico, ao preservar o conteúdo econômico da relação contratual, se sobrepõe ao

44- Tradução do Autor. In *“The District Court of Appeal of Florida Third District. Case N° 3d02-2184”*. No original: *“Substantial performance is performance ‘nearly equivalent to what was bargained for.’ Pullman v. Hercules Inc., 711 So. 2d 72, 75 (Fla. 1st DCA 1998). Substantial performance is that performance of a contract which, while not full performance, is so nearly equivalent to what was bargained for that it would be unreasonable to deny the promisee the full contract price subject to the promisor’s right to recover whatever damages may have been occasioned him by the promisee’s failure to render full performance.*

direito de resolução expresso no artigo 475 do Código Civil Brasileiro, quanto este caracteriza medida drástica, injusta, contrariando o modelo de conduta social que se espera de todo cidadão, pautado em honestidade, lealdade e probidade. Em razão da ausência de previsão legal expressa acerca da questão, cabe, pois, ao operador do Direito aprimorar o método de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, no sentido de se evitar a insegurança jurídica que pode decorrer de julgados norteados por uma diversidade de critérios.

Conclui-se, portanto, que somente a cuidadosa análise do caso concreto revelará a hipótese de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, ao avaliar a gravidade do descumprimento para efeito de resolução do vínculo contratual, verificando atentamente as características do negócio jurídico específico. Neste sentido, cria-se um eficiente mecanismo para evitar injustiças nas relações contratuais, aproximando-as das diretrizes da boa-fé objetiva e dos valores emanados do texto Constitucional de 1988.

3. Do contrato de seguro

No ordenamento jurídico pátrio é complexa a disciplina legal dada ao Seguro, previsto em capítulo próprio na Codificação Civil vigente como contrato típico, a partir do artigo 757 e seguintes, e estruturado pelo Decreto-lei 73/1966, que criou o Sistema Nacional de Seguros Privados. Uma das discussões que envolvem a disciplina legal do contrato de seguros envolve a necessidade, ou não, de uma legislação específica sobre o tema.

Ernesto Tzirulnik critica os postulados da Codificação Civil vigente sobre o contrato de seguros e defende a necessidade de uma lei especial sobre o tema em nosso país, como ocorre na Alemanha, Argentina, Bélgica, Chile, Canadá, Espanha, França, Itália, Japão, México, Peru, Portugal, etc. Afirma que os dispositivos são em sua maioria ultrapassados, regramentos elaborados com base nas discussões enfrentadas pelas cortes superiores na década de 60, e que destoam da moderna doutrina securitária e jurisprudência brasileira atual, o que acabaria “gerando confusões e estas acabam determinando a superprodução de normas administrativas”⁴⁵. Por outro lado, Sérgio Ruy Barroso de Mello, considera o arcabouço jurídico na área de seguros satisfatório, que dispõe de 50 artigos do Código Civil de 2002 dedicados ao contrato

45 - <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/ernesto-tzirulnik-lei-contrato-seguro-unica-esperanca>. Acesso em 22/06/2015.

de seguro. Afirmar ainda que o advento da nova codificação provocou a SUSEP a elaborar incontáveis circulares e orientações que ajustaram o mercado securitário à normativa atual⁴⁶.

Através do Decreto-lei 73/66, criou-se o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), ao qual coube “fixar as diretrizes e normas da política governamental para os segmentos de seguros privados, resseguros, capitalização e previdência complementar, no âmbito das entidades abertas, por meio de resoluções”⁴⁷. Entretanto, a instrumentalização dos ditames do CNSP atribui-se à Superintendência de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização (SUSEP), Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda responsável, principalmente, pela fiscalização do setor e aplicação de penalidades aos operadores da atividade securitária. Nota-se, portanto, que há constante intervenção do Estado na operação de seguros. Esta regulação se justifica pela necessidade de se assegurar a solvência das Seguradoras, a livre concorrência, proteção ao consumidor e a ideal precificação do seguro. Nas palavras de Bruno Miragem:

*“Dentre outros aspectos da atividade securitária sobre os quais intervêm a regulação e supervisão do Estado, estão: a) a definição de critérios para definição do patrimônio líquido mínimo e margem de solvência do segurador; b) a definição de limites técnicos para a contratação de seguros, o que envolve a correta segmentação de riscos, e as respectivas provisões de indenização, de modo que sejam o mais homogêneo possível; c) constituição de reservas técnicas para o pagamento aos segurados em caso de sinistros; d) aplicação das provisões técnicas em investimentos que assegurem remuneração adequada e liquidez a tais recursos; e) o registro de informações financeiras do segurador, de acordo com as regras técnicas contábeis”*⁴⁸.

Maria da Glória Faria e Angelica Carlini destacam que “o principal objetivo é a proteção do consumidor que não apenas paga o valor

46 - <http://www.conjur.com.br/2015-jan-04/fimde-entrevista-sergio-barroso-mello-advogado-area-seguro>. Acesso em 22/06/2015.

47 - NUNES, Diego. Op.cit., p.94.

48 - MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: Uma Introdução. In *Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. Organizadores: Bruno Miragem e Angélica Carlini. Revista dos Tribunais, 2014. pp. 33 e 34.

do prêmio, mas que também confia que a seguradora terá recursos disponíveis”⁴⁹ caso ocorra o sinistro. Entretanto, a constante regulação do Estado no mercado de seguros poderia trazer efeitos negativos, pois a execução de determinada política econômica vincula o exercício do órgão regulador, podendo prejudicar o aperfeiçoamento da técnica securitária “reduzindo o nível de concorrência entre os seguradores”⁵⁰. Luís Felipe Pellon acrescenta:

*“A necessidade de normatização e fiscalização do setor de seguros e de planos de saúde é justificada pelo significado todo especial deste para a economia e para a sociedade, através do qual se denota inequivocadamente de outros setores econômicos. Este setor contribui para a garantia de toda a economia contra os eventos mais variados, mantendo íntegro o patrimônio de empresas e pessoas físicas, assim como a capacidade laborativa dos indivíduos, suportando os gastos com saúde e outros imprevistos que perturbam o bem estar social”*⁵¹.

No Código civil vigente, a definição do contrato de seguro encontra-se no artigo 757 do seguinte modo: Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Na codificação anterior tal espécie contratual era definida de modo diferente, considerando contrato de seguro “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Tal redação provocou inúmeras críticas da doutrina, como as de Sérgio Cavalieri Filho:

“[...] O conceito anterior ensejava cada definição que, data vênua, era de chorar. Costumava-se dizer que contrato de seguro transfere o risco do segurado para o segurador. Isso é um absurdo

49 - CARLINI, Angélica. FARIA, Maria da Gloria. Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro – O dever de proteção da mutualidade. In *Direito dos Seguros – Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. Organizadores: Bruno Miragem e Angélica Carlini. Revista dos Tribunais, 2014, p.76.

50 - MIRAGEM, Bruno. Op.cit., p.36.

51 - PELLON, Luís Felipe. *Pressupostos da fiscalização de seguros privados*. In Revista Jurídica de Seguros, nº 2. maio de 2015. CNseg, Rio de Janeiro, p. 49.

do ponto de vista jurídico e fático. Com ou sem seguro, quem continua em risco é o assegurado, é o seu carro, é o operário que está pendurado em algum lugar”⁵².

Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza destacam outras críticas que eram dirigidas ao dispositivo em estudo:

“[...] ao restringir a obrigação do segurador ao pagamento da indenização, não se justificava que o contrato pudesse ser classificado como bilateral na eventualidade de não ocorrência do sinistro (ou seja, do não implemento dos riscos contratualmente previstos), pois, neste caso, o segurador nada pagaria ao segurado em contrapartida ao pagamento do prêmio”⁵³.

A redação expressa no Código Civil de 2002 indicou que a obrigação do segurador se refere à garantia de um interesse legítimo, mediante o pagamento do prêmio, diante da ocorrência dos riscos predeterminados, consolidando o conceito unitário de seguro, ou seja, abrangendo seguro de danos e de pessoas. Através da concepção de interesse segurado, a relação de valor existente a segurado e o bem ou pessoa passou a ser compreendida como objeto deste contrato típico. É incontestável a relevância socioeconômica desta espécie de contrato na sociedade contemporânea, destacando-se como eficiente instrumento de neutralização de riscos, de promoção no progresso individual e, em razão da garantia prestada, de realização de empreendimentos de diversos tipos.

3.1. Desenvolvimento histórico

A possibilidade de ocorrência de fatos prejudiciais aos interesses do homem sempre existiu. De fato, nas palavras de Pedro Alvim, “o risco é inerente à luta de integração dos seres vivos no meio ambiente”⁵⁴. Com o propósito de amenizar as consequências dos eventos danosos

52- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Os contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil*. Palestra proferida no seminário realizado em 10/05/2002. In Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”, p. 213.

53- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 565.

54- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2001, pp. 105 e 106.

na esfera patrimonial, na saúde ou na vida, foram desenvolvidos processos de defesa contra o risco. Segundo Marco Rossetti (*Associazione Internazionale Di Diritto Delle Assicurazioni*):

“Mortes e doenças, guerras e pragas, roubo, acidentes, imprevistos ou, em contexto atual, crises financeiras, sempre tornaram incerto e imprevisível o futuro do indivíduo. Esta imprevisibilidade, condição humana congênita, tem gerado desde os tempos mais remotos uma necessidade fisiológica de segurança, que se configura a fonte primária do contrato de seguro”⁵⁵.

Esta necessidade de segurança motivou o desenvolvimento da operação de seguro, que se revelou um importantíssimo e eficiente mecanismo de diluição de riscos da vida em sociedade, dotado de incontestável caráter social e finalidade proeminentemente econômica. Sobre o tema, Maria da Gloria Faria e Angélica Carlini fazem os seguintes comentários:

“Para prevenir e amenizar a ocorrência de riscos bem com a administração de suas consequências foi preciso utilizar a inteligência humana em toda a sua plenitude. A contratação de seguros é, sem dúvida, uma das respostas da genialidade humana para os efeitos danosos dos riscos”⁵⁶.

Marcel Fontaine (*Faculté de Droit de l'Université de Louvain*) explica que a ideia de mutualidade, base da técnica de seguro, já era conhecida pelos cameleiros da mesopotâmia séculos antes de Cristo, que repartiam entre eles os danos sempre que um membro do grupo perdia um dos seus camelos. Havia também vários tipos de mutualismo em Roma, de modo destacado entre os legionários para cobrir a taxa de alteração de guarnição. Outra aplicação importante da ideia de mutualidade era aparente na *Lex Rhodia de Jactu*, utilizada pelos marinheiros fenícios: quando se fazia

55- ROSSETTI, Marco. *Il Diritto Delle Assicurazioni* : Volume I: *L'impresa Di Assicurazione, Il Contratto Di Assicurazione In Generale* – Padova: Cedam , 2011. Italia. pp. 9 e 10. No original: “Morti e malattie, guerre e pestilenze, furti, accidenti, imprevisti o, in tempi piu vicini a noi, tracolli finanziari, hanno da sempre reso malcerto ed imprevedibile il futuro dell'individuo. Questa imprevedibilità, connaturale ala condizione umana, há generato sin dai tempi piu remoti un fisiológico bisogno di sicurezza, nel quale va ravvisata la scaturigine prima del contratto di assicurazione”.

56- CARLINI, Angélica. FARIA, Maria da Gloria. Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro – “O dever de proteção da mutualidade”. In *Direito dos Seguros – Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. Organizadores: Bruno Miragem e Angélica Carlini. Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

necessário lançar ao mar uma parte da carga para salvar o navio, a perda era distribuída entre todos os interessados na empreitada⁵⁷. No entanto, guardadas as semelhanças, tais primitivas operações se distinguem da técnica adotada no contrato seguro. A título de exemplo, o instituto romano denominado *foneus nauticus* fora uma técnica de afastamento de risco na qual mutuava-se determinado valor ao armador do navio, quantia esta poderia ser livremente empregada em qualquer operação comercial. Neste caso, somente haveria a devolução dos valores mutuados, com o acréscimo de juros inexpressivos, diante do sucesso da viagem⁵⁸.

A base técnica securitária só pôde ser desenvolvida com o surgimento do estudo estatístico e atuarial, áreas da matemática que permitiram o uso de recursos para a operação de prevenção de riscos⁵⁹, fundamentos indispensáveis para existência do contrato de seguro. A Lei dos Grandes Números proporciona o diálogo entre dados e estatísticas para a produção de probabilidades. De acordo com Marcel Fontaine:

*“O uso de estatísticas permite organizar de maneira apropriada a mutualidade, e prever com antecedência, de modo aproximado, a carga de sinistros a ser distribuída, e, portanto, a importância da reserva a ser constituída e a estipulação dos prêmios. A lei dos grandes números é um dos fundamentos da estatística. É através de um grande número de observações que é possível gerar probabilidades de ocorrência, isto é, as possibilidades de atingir os eventos observados. Essas probabilidades permitirão, a princípio, a identificação de novos grupos com as mesmas características pelas quais o cálculo foi feito”*⁶⁰.

57 - FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*. Deuxième édition, Larcier, Bruxelles, 2010, p.13.

58 - FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 5ª Edição rev., atual e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 311.

59 - FRANCO, Vera Helena de Mello. *Op.cit.*, p. 312.

60 - FONTAINE, Marcel. *Op.cit.*, p. 15. Tradução do Autor. No original: *“Le recours à la statistique permet d’organiser idéalement la mutuelle, et de prévoir anticipativement, de manière approximative, quel sera le poids des sinistres à répartir, ainsi que, par conséquent, l’importance des réserves à constituer et le niveau des primes à stipuler. La loi des grands nombres, qui vient d’être évoquée, est l’un des fondements la statistique. C’est à la faveur d’un grand nombre d’observations qu’il est possible de dégager des probabilités de survenance, c’est-à-dire des chances de réalisation des événements observés. Ces probabilités se vérifieront en principe dans de nouveaux groupes répondant aux mêmes caractéristiques que celui où le calcul a été fait”*.

A primeira utilização das observações estatísticas teria ocorrido em Florença, onde os seguradores, que, obtendo em reuniões conhecimento sobre os riscos e informações sobre os negócios em andamento, começaram a fixar o valor do prêmio com base na experiência de outras localidades. Posteriormente, este método se desenvolveu na Inglaterra, com a organização da Lloyd's, com diversificação dos ramos do seguro (terrestre, transporte, de incêndio etc.)⁶¹. Segundo Marcel Fontaine:

*“O seguro, além de uma fórmula célebre, é a compensação dos efeitos do acaso no patrimônio do homem pela mutualidade organizada, sob as leis da estatística. A técnica do seguro se baseia principalmente na velha ideia de mutualidade, ou seja, um grupo de pessoas expostas ao mesmo risco, para a qual será distribuído todo o custo de sinistro que venha a ocorrer a algum de seus membros. De certa maneira, as vítimas não se submetem mais às adversidades. Todos pagam por um, mas a participação de cada um é reduzida”*⁶².

No Brasil, pode-se afirmar que o seguro e a previdência estão entre as atividades econômicas mais antigas, iniciando-se já no século XVI com os Jesuítas, com participação destacada do Padre José de Anchieta, que criou modelos de mutualismo ligados à assistência. Com a promulgação das Resoluções da Casa de Seguros de Lisboa, que permaneceram em vigor do dia 11 de agosto de 1791 até a proclamação da independência, regulamentou-se tais atividades pela primeira vez neste país. Por fim, com a chegada da Família Real Portuguesa em 1808, Dom João decretou a abertura dos portos às Nações Amigas. Com intensificação da navegação, o príncipe regente autorizou a criação da primeira companhia de

61- SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito dos Seguros no novo Código Civil e Legislação Própria*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 8.

62- FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*. Deuxième édition, Larcier, Bruxelles, 2010. No original: “L’assurance, d’après une formule célèbre, est la compensation des effets du hasard sur le patrimoine de l’homme par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique. La technique des assurances repose en premier lieu sur la vieille idée de mutualité, c’est-à-dire sur le groupement d’un certain nombre de personnes soumises au même risque, afin de répartir entre elles toutes la charge des sinistres qui ne frapperont que quelques membres du groupe. De certe manière, le victimes ne sont plus écrasées par leur infortune. Tous paient pour un, mais la participation de chacun est réduite”.

seguros em terras brasileiras antes de chegar ao Rio de Janeiro, a “Companhia de Seguros Boa-fé”⁶³.

3.2. Da qualificação jurídica do contrato de seguro – da nova definição adotada pelo Código Civil de 2002

A doutrina majoritária qualifica o contrato de seguro como consensual, oneroso, bilateral, de adesão e aleatório⁶⁴. Merece importante registro que há, contudo, discussão doutrinária acerca da aleatoriedade de tal contrato, na qual, minoritariamente, argumenta-se pela equivalência de prestações decorrentes da determinação dos riscos através de cálculos atuariais e com foco na contínua prestação de garantia.

Apesar de tal discussão ter se iniciado há muitos anos, o debate ganhou maiores proporções com a alteração do conceito do contrato de seguro no Código Civil de 2002, que passou a prever em seu 757 o termo “garantir interesse legítimo”. A definição dada à espécie de contrato em estudo na codificação civil de 1916 fora constantemente criticada pela doutrina, pois descrevia a obrigação do segurador apenas com o termo “pagamento de indenização”. Tal redação proporcionava problemas como a incompatibilidade do seguro de pessoas com o referido conceito, em razão da ausência de natureza indenizatória, e a impossibilidade de caracterizar o contrato como bilateral quando da inocorrência de sinistro⁶⁵.

De acordo com os ensinamentos de Ricardo Bechara Santos, a redação prevista no Código Civil de 2002 não alterou a natureza aleatória do contrato de seguro, considerando que o risco não deixou de ser seu elemento nuclear:

“O contrato de seguro, portanto, em que pese a opinião de alguns poucos que já o vêm como contrato comutativo, prossegue como o mais típico dos contratos aleatórios, porque o comportamento a que estão obrigadas as seguradoras, como partes deste contrato, pelas normas especiais que regulam suas operações, de estabelecer uma mutualidade especialmente organizada, com sistema de

63- Sobre o assunto: <http://www.cnseg.org.br/cnseg/mercado/historia-do-seguro/no-brasil.html>-http://www.bradescosaude.com.br/historia/Historia_Seguro.asp#-<http://www.monarquia.org.br/-/obrasilimperial/DJoaoVI.html>. Acesso em 30/07/2018.

64- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* - vol. III: Contratos em Espécie. 3ª Edição. Atlas: São Paulo, 2010, p. 377.

65- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al Op.cit., p. 536.

provisões e reservas técnicas, e que lhes permite de algum modo controlar o risco, não descaracteriza a álea de que se reveste o contrato como sua aba essencial”⁶⁶.

Entretanto, conforme já anotado na presente pesquisa, tal entendimento não é pacífico na doutrina brasileira. Vera Helena de Mello Franco é uma das autoras que argumenta pela natureza comutativa do contrato de seguro, antes mesmo da nova redação do artigo 757 do Código Civil, sempre enfatizando a constante prestação de garantia prestada pela Companhia Seguradora:

“[...] a prestação da seguradora não ocorre só no momento do pagamento da indenização ajustada, mas desde o momento do aperfeiçoamento do contrato. Assim ocorre porque, desde a perfeição do contrato, a seguradora presta a garantia de resguardar o segurado contra as consequências de um evento futuro e incerto. A prestação da seguradora não é o montante devido pelo sinistro, mas a garantia de que não terá consequências econômicas para o segurado. A norma do art. 757 do CC de 2002 tornou claro o caráter comutativo do contrato de seguro quando substituiu ‘indenização’, adotada no Código Civil de 1916, por aquela de ‘garantia’”⁶⁷.

Outro autor que se destaca em tal argumentação é Ernesto Tzirulnik, que considera essencial a compreensão da comutatividade no contrato de seguro, argumentando que o prêmio se contrapõe à garantia e não ao pagamento de indenização em caso de sinistro:

“No seguro, a prestação da garantia, sob pena de inadimplemento absoluto, e a de prêmio são necessariamente certas. Não se contrapõe o prêmio à indenização ou capital que porventura venha a ser devido em caso de sinistro. Ele deve ser contraposto à efetiva garantia, com lastro e determinação de atribuição patrimonial, de um interesse exposto a risco tecnicamente calculado e cuja variação, para além do ‘campo de álea normal’, autoriza a resolução do contrato ou a exigência de uma sobreprestação por parte do segurado. [...] A caracterização da comutatividade é fundamental para compreender cada aspecto das prestações que, por si e conjuntamente, dão sentido à operação

66- SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito dos Seguros no novo Código Civil e Legislação Própria*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p.8.

67- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Op.cit.*, p. 322.

de seguro, esse método de distribuição de prejuízos ou técnica de socialização dos riscos que é um fato social nuclear de onde irradiam as manifestações de validade, eficácia e as diretrizes para a interpretação e execução de valores individuais”⁶⁸.

Apesar dos relevantíssimos argumentos apresentados por renomados juristas, há de se questionar se tal distinção ainda é relevante atualmente e quais seriam as consequências de tal debate, considerando que a revisão dos contratos passou a ser aplicada também aos contratos aleatórios. Neste sentido se manifestou Gustavo Tepedino:

“A minha preocupação não é tanto a discussão da natureza jurídica, mas o que se pretende com essa discussão. Convém evoluir no conceito de contrato aleatório, no qual há uma determinação prévia e convencional dos riscos alocados, circunscrevendo-se assim a álea. Com base em tal equação é possível planejar e proteger o equilíbrio econômico do contrato. No passado, associava-se o contrato aleatório à ausência de equilíbrio econômico. Mas há sim equilíbrio econômico no contrato de seguro, a partir da alocação contratual dos riscos assegurados”⁶⁹.

3.3. Da relevância social e econômica da atividade securitária

Merece destaque a importância socioeconômica dos seguros na sociedade moderna, pois, sendo um eficiente instrumento de diluição de riscos, proporciona garantia às atividades empresariais de diversos ramos, possibilita uma melhor qualidade de vida ao cidadão ao assegurar a reparação de seu patrimônio no caso de ocorrência do evento danoso previsto no contrato, contribui para o melhor acesso à atendimentos médicos com o oferecimento de seguros saúde, etc. Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho, “poucos têm em exata dimensão a importância do seguro no mundo econômico moderno; mais do que meio de preservação do patrimônio, tornou-se também, instrumento fundamental de desenvolvimento”⁷⁰.

Para acompanhar a complexidade da sociedade moderna, o setor de seguros muito se desenvolveu com o passar dos anos, sempre

68- TZIRULNIK, Ernesto. *O seguro de Riscos de Engenharia: Instrumento do Desenvolvimento*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, pp. 40 e 41.

69- TEPEDINO, Gustavo. *10 anos do Código Civil: O que mudou. O que mudar - entrevista*. In Caderno de Seguros. Ed. Nº 171. Rio de Janeiro, Funenseg, janeiro/2012, p. 10.

70- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p.501.

aperfeiçoando sua técnica e procedimentos. Através do contrato de seguro é realizada a mitigação dos prejuízos para aqueles que os sofrem, afastando do cidadão os riscos que limitam suas ações e planos, tornando-se um eficaz instrumento promovedor de atividades econômicas. Neste sentido estão as lições de Nestor A. Gutiérrez Cuña:

*“Do ponto de vista econômico, a eliminação das consequências adversas decorrentes das consequências dos danos, faz com que o contrato de seguro elimine as incertezas das pessoas com relação ao futuro; permite a realização de empreendimentos de diversos tipos com a tranquilidade de seu respaldo; provém estabilidade através do capital acumulado; constitui uma ferramenta fundamental que tende a combater a pobreza; e se destaca como um grande mecanismo de estímulo à economia. É inegável, pois, a importância do seguro no comércio e na economia de um país”*⁷¹.

Segundo Walter A. Polido, o contrato de seguro é o mais eficaz instrumento de garantia da atualidade, conferindo proteção econômica com eficácia social. A proteção imediata prestada pela companhia seguradora contribui para a realização de uma exigência da sociedade moderna, qual seja, “dispor, imediatamente, de tranquilidade e de segurança”⁷².

É, de fato, “um dos contratos mais importantes para a economia de um país, na medida em que tem a função de prevenir os efeitos negativos de riscos que normalmente acometem pessoas e empresas”⁷³. Em termos quantitativos, a relevância socioeconômica da operação de seguros pode ser constatada por diversos indicadores, tais como o volume financeiro

71 - CUÑA, Nestor A. Gutiérrez. *El contrato de seguro, Parte General. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2007. p. 11.* Tradução do Autor. No original: “Desde el punto de vista económico, la eliminación de las consecuencias adversas que provoca el acaecimiento de daños, determina que el contrato de seguro erradique la incertidumbre de los sujetos respecto al futuro; habilite la realización de emprendimientos de diversa naturaleza con la tranquilidad de su respaldo; permite lograr estabilidad respecto de la riqueza generada; constituye una herramienta fundamental tendiente a combatir la pobreza; y se erige como un dispositivo de gran importancia en el estímulo del ahorro. Es innegable pues, la importancia que reviste en seguro, en el comercio y en la economía general de un país”.

72 - POLIDO, Walter. A. Reflexões sobre a necessária modernização do mercado segurador brasileiro como fator de proteção dos consumidores de seguros. In *Direito dos Seguros: Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. Op.cit., pp. 90 e 91.

73 - Parecer nº 06/2015 (processo nº 00407.000226/2015-22) confeccionado pela Advocacia Geral da União, p. 7.

de prêmios e contribuições, o montante pago em indenizações, capitais segurados, benefícios e resgates etc⁷⁴. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “poucos têm em exata dimensão a importância do seguro no mundo econômico moderno; mais do que preservação do patrimônio, tornou-se, também, instrumento fundamental de desenvolvimento”⁷⁵.

É incontestável, pois, a relevância social do seguro, que, segundo Angélica Carlini, “é, por excelência, a materialização da função social do contrato privado”⁷⁶, como fator de desenvolvimento da sociedade, através de sua função de garantia e socialização de riscos. De acordo com Nestor A. Gutiérrez Cuña:

“O Seguro atende um papel importante como mecanismo de desenvolvimento social. Isto porque sua existência permite o progresso dos indivíduos como membros da sociedade, com estabilidade e sem preocupações, garantindo, em todos os casos, a neutralização dos riscos como fatores impeditivos do avanço para uma melhor qualidade de vida”⁷⁷.

3.4. Dos elementos essenciais do contrato de seguro

A pesquisa referente aos elementos essenciais do contrato de seguro revela diferentes entendimentos na doutrina especializada. Antes de entrar em vigor o Código Civil vigente, Pedro Alvim expôs uma breve análise acerca desta divergência quanto ao tema em questão:

“Segundo Halperin, os elementos essenciais são: o interesse segurável, o risco e o prêmio. [...] O Anteprojeto de nosso Código Civil adota a expressão “interesse legítimo”. Corresponde ao interés asegurable de Halperin, isto é, uma

74- SILVA JUNIOR, Inaldo Bezerra. *O Princípio da Função Social aplicado nos Contratos de Seguro. Dissertação* (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. São Paulo, p. 77.

75- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.cit., p. 495.

76- CARLINI, Angélica. *A proteção do consumidor de Seguros e a Construção da Relação de Confiança*. Op.cit., p. 79.

77- CUÑA, Nestor A. Gutiérrez. Op.cit., p. 11. Tradução do Autor. No original: “El seguro cumple un rol preponderante como mecanismo de desarrollo social. Ello por cuanto su existencia permite el progreso de los individuos como componentes de la sociedad, con estabilidad y sin preocupaciones, garantizando en todo caso, la neutralización de los riesgos como factores obstaculizantes del avance hacia una mejor calidad de vida”.

relação lícita. [...] O autor do Anteprojeto concluiu, também, que se trata de um elemento essencial. [...] Clóvis Beviláqua, jurista consagrado em nosso país e autor do Código Civil de 1916, ainda em vigor, enumera os seguintes elementos: “o segurador, o segurado, o prêmio e o risco, isto é, o perigo possível, que pode correr o objeto segurado”⁷⁸.

De acordo com Sérgio Cavaliéri Filho, o contrato de seguro se consolida em três elementos essenciais: risco, mutualidade e boa-fé. O risco é destacado pelo autor como elemento básico, pois a exposição à probabilidade é a razão pela qual as pessoas celebram contratos de seguro. Já a mutualidade configura o elemento econômico, uma espécie de “operação coletiva de poupança” promovida por pessoas expostas aos mesmos riscos. Deve haver um equilíbrio entre o valor pago pelo segurado (prêmio) e o risco previsto no contrato, de modo a formar o capital necessário à prestação de garantia contratada. Por fim, o elemento jurídico: a boa-fé, “a razão de ser do seguro”. Segundo o autor, trata-se de elemento integrador entre risco e boa-fé, devendo existir durante toda a execução do contrato⁷⁹.

Vera Helena de Mello Franco sugere uma classificação diversa, apontando quatro elementos do contrato de seguro: interesse; risco; prêmio; garantia e indenização.

A autora descreve o interesse com uma relação de valor, “relação do sujeito para com a pessoa ou bem”, garantida pela seguradora no contrato de seguro. Seria este o objeto material do seguro, “relação valorizada de uma pessoa perante a um bem ou outra pessoa, que se coloca em risco”, devendo ser lícito, ter caráter econômico e existir no momento da contratação. O risco, no contrato de seguro, se configura na possibilidade de um evento danoso para o segurado, devendo a perda, segundo a doutrina especializada, ser quantificável (valor da perda econômica), pré-explicável (observada diante da ocorrência de casos semelhantes), mensurável (avaliada através de instrumentos técnicos atuariais da companhia seguradora) e absolutamente acidental (não intencionada)⁸⁰.

78- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro. Funenseg, 2001, pp. 105 e 106.

79- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Os contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil*. Op.cit., p. 213.

80- FRANCO, Vera Helena de Mello. Op.cit., pp. 331-345.

A contraprestação do segurado, o prêmio⁸¹, também definido como elemento desta espécie de contrato, sendo essencial para a formação do fundo comum para o pagamento das indenizações que possam ocorrer. Em outras palavras, “é o preço do risco”, ou seja, prestação paga pela garantia a ser prestada pela companhia seguradora.

Vera Helena de Mello Franco entende, ainda, que a garantia e indenização formam mais um elemento do contrato de seguro, destacando que a obrigação da seguradora se inicia antes da ocorrência do sinistro⁸². Nas palavras da autora:

*“A prestação da seguradora é uma prestação de garantia expressa no ônus de formar reservas, antes da ocorrência do sinistro. Após o sinistro é que surge a obrigação de indenizar. Mas esta é uma obrigação secundária, eventual, condicional, que pode ou não ter lugar, já que somente terá lugar após a ocorrência de eventual sinistro”*⁸³.

3.5. Dos princípios mais relevantes do contrato de seguro

Não há dúvidas quanto à incidência de princípios jurídicos na atividade securitária, que encontram fundamentação em previsão legal (princípios explícitos ou de *jus scriptum*) ou em diretrizes morais, padrões de conduta, (princípios extrapositivos, implícitos ou de *jus non scriptum*). Na perspectiva da atividade securitária merece destaque o princípio da autonomia privada, legitimando a atuação das companhias seguradoras e resseguradoras, preservando a liberdade pública e os interesses coletivos e individuais.

A Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (FENASEG) editou, em 1992, uma declaração de princípios norteadores da atividade seguradora. A denominada Carta

81 - No Dicionário de Seguros publicado pela FUNENSEG, há o seguinte conceito: Prêmio – “é a importância paga pelo segurado, ou estipulante, à seguradora, em troca da transferência do risco contratado. Em princípio, o prêmio resulta da aplicação de uma percentagem (taxa) à importância segurada. O prêmio deve corresponder ao preço do risco transferido à seguradora”. SOUZA, Antonio Lober Ferreira de, et al Dicionário de Seguros: vocabulário conceituado de seguros. 3ª Edição rev. e ampliada. Rio de Janeiro, Funenseg, 2011, p. 165.

82 - FRANCO, Vera Helena de Mello. Op.cit., pp. 346-355.

83 - Idem, p. 351.

de Brasília fora redigida com base em três princípios: compromisso com a economia de mercado e a livre competição, responsabilidade econômica e social do setor de seguros diante da população brasileira e opção pela modernidade, baseada na experiência do próprio mercado.

Sob a ótica dos elementos do contrato de seguro verifica-se a incidência de outros princípios, tais como o da anterioridade do risco, segundo o qual “o risco deve ser efetivo e pré-determinado nas condições contratuais”, de modo a delimitar as obrigações e direitos dos contratantes e fixar o interesse segurado. A noção de riscos cobertos e excluídos, ou seja, a descrição de cobertura e a previsibilidade do objeto do seguro, expressa um dos princípios observados no cálculo de probabilidade, o denominado princípio da especialidade do risco, também conhecido como o da homogeneidade dos riscos. Segundo Pedro Alvim:

*“Mas não basta que a homogeneidade oriunda da mesma natureza; é necessária ainda a homogeneidade de objeto, como ensinam Picard et Besson, que acrescentam: os riscos devem ser de coisas ou de pessoas semelhantes: deve existir uma medida comum quanto ao objeto do seguro. [...] O princípio da homogeneidade é observado na elaboração das tarifas de prêmio, onde se faz a classificação dos riscos em numerosos itens [...]”*⁸⁴

Outro princípio de fundamento estatístico verificado na operação securitária é o da pulverização dos riscos, ou do nivelamento dos riscos, “relevante para eliminar os desvios do cálculo de probabilidade”⁸⁵.

O interesse contratual analisado sob a perspectiva da doutrina dos seguros, conforme já abordado no tópico anterior, é “uma espécie de elo entre a intenção econômica e o objeto da cobertura securitária”, configurando, de fato, o objeto do contrato. Desta noção compreende-se o denominado princípio do interesse, que teria sua origem no seguro contra danos, “vinculado ao dano patrimonial, onde é referencial para a cobertura, estabelecendo a medida do interesse segurado”⁸⁶.

São muitos os princípios jurídicos apontados pela doutrina especializada, contudo, considerando o tema da pesquisa que ora se

84- ALVIM, Pedro. Op.cit., p.62.

85- ALVIM, Pedro. Op.cit., p.62.

86- GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Funenseg, 2015. p. 47.

propõe, há de se destacar dois como mais relevantes: o princípio do mutualismo e o da boa-fé. Ademais, estes dois princípios formam o que Vera Helena de Mello Franco chamou de “duplo fundamento” do contrato de seguro, sustentando que não há seguro sem mutualidade e esta, por sua vez, deve estar sempre fundada na boa-fé, sob pena de anulabilidade do contrato⁸⁷.

3.5.1. Do princípio da mutualidade

Há mais de três séculos, a Rainha da Inglaterra, Elizabeth I, em poucas palavras definiu a essencialidade da mutualidade na técnica dos seguros: “com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número”⁸⁸. Conforme já anotado neste capítulo, o mutualismo é o elemento econômico da atividade securitária.

Com as contribuições de grupos expostos aos mesmos riscos forma-se um fundo comum, cuja finalidade é garantir os interesses segurados de todos os contratantes na hipótese de ocorrência de situação contratualmente prevista. Verifica-se, pois, que o mutualismo não se efetiva em vínculo jurídico-contratual singular, mas através de toda a cadeia securitária. De acordo com as lições de Pedro Alvim:

*“O contrato de seguro é uma operação isolada entre segurado e segurador, mas a multiplicação desses contratos, dando a mesma garantia sobre o mesmo risco, para muitas pessoas constituiu sua base técnica. A contribuição dessas pessoas formará o fundo comum de onde sairão recursos para o pagamento dos sinistros”*⁸⁹.

Deve ser ressaltado que o fundo formado pelos valores pagos pelos segurados pertence à mutualidade, sendo a companhia seguradora sua administradora. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

“É por isso que se diz que o segurador moderno é um administrador de fundos mutuais; a rigor, não entra com dinheiro próprio para cobrir ou garantir riscos dos outros, mas sim, com o trabalho, técnica e experiência capazes de proporcionar adequada gestão a

87 - FRANCO, Vera Helena de Mello, Op.cit., p. 324.

88 - Idem, p. 495.

89 - ALVIM, Pedro. Op.cit., p. 59.

esses fundos. A mutualidade, portanto, [...] é suporte econômico essencial em toda operação de seguro”⁹⁰.

O cálculo do prêmio a ser pago pelo segurado é formado pela soma do valor fixado através da técnica securitária face à especialidade dos riscos, acrescido de despesas relativas aos custos administrativos e, por fim, o que vem a ser a remuneração da seguradora. De acordo com Bruno Miragem:

“A composição do prêmio no seguro se faz mediante identificação de dois ou três elementos. No direito francês, distingue-se entre o prêmio puro, o prêmio líquido e o prêmio total. O prêmio puro, também conhecido como prêmio técnico, é aquele correspondente à exata parcela com que cada segurado contribui para a mutualização dos riscos. O prêmio líquido é o prêmio puro acrescido da remuneração do segurador e outros custos. E o prêmio total, constitui além do prêmio líquido, o valor dos tributos. No direito brasileiro prefere-se a repartição em dois elementos, referindo-se ao prêmio puro o denominado carregamento – igualmente de influência estrangeira. Compreende o carregamento, os diversos custos do segurador e sua remuneração que se acrescentam ao prêmio puro”⁹¹.

O cidadão brasileiro ainda não entende este eficiente mecanismo. Torna-se necessário, pois, a compreensão do contrato de seguros como “planejamento de vida e não como serviço de consumo para uso imediato”⁹². O princípio do mutualismo, portanto, é fundamental na operação técnica securitária, que assume no contrato de seguros sua estrutura jurídica, promovendo, através de cláusulas delimitadoras de coberturas e exclusões de risco, proteção à mutualidade⁹³.

3.5.2. Do princípio da boa-fé

Com previsão legal desde o Código Civil de 1916, o contrato de seguro é um contrato de boa-fé. Segurado e segurador devem se

90- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. São Paulo, Atlas, 2014, p. 498.

91- MIRAGEM, Bruno. Op.cit., p. 43.

92- CARLINI, Angélica. “A proteção do consumidor de seguros e a construção da relação de confiança”. In CARLINI, Angélica; SANTOS, Ricardo Bechara (organizadores), *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Rio de Janeiro, Funenseg, 2011, p. 72

93- CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Gloria. *Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro*. Op.cit., p. 72.

comportar de acordo com a boa-fé, tanto na fase pré-contratual como na execução do contrato, havendo um recíproco dever de cooperação. Sobre a essencialidade da boa-fé nesta espécie de contrato, Sérgio Cavalieri Filho faz as seguintes anotações:

“Não foi por outra razão que o Código Civil de 1916, conquanto não tenha mencionado expressamente a boa-fé como elemento integrante dos demais contratos em geral, no contrato de seguro abriu curiosa exceção. No seu artigo 1443 dizia expressamente que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a despeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. Essa norma, como não poderia deixar de ser, vem expressa no artigo 765 do Código Civil de 2002. Desta forma, a boa-fé, que para os demais contratos é um princípio geral a ser observado (art.422), no contrato de seguro continua sendo um elemento legal expreso e essencial ao seu perfazimento”⁹⁴.

A dinâmica do processo obrigacional no contrato de seguros exige o dever da boa-fé recíproca. Na formação do contrato, constata-se a incidência do princípio em análise na identificação e mensuração do risco e dos valores determinados para a prestação da garantia. O procedimento adotado para obtenção de informações relevantes para a avaliação do risco é de responsabilidade do segurador, contudo, é do segurado o dever de informar as circunstâncias do interesse segurado e os riscos envolvidos de maneira precisa⁹⁵. Segundo Angélica Carlini:

“A boa-fé de segurados e seguradores reside exatamente nessa troca de informações pautadas pela clareza e objetividade, sem omissões intencionais ou não-intencionais, sem maquiagem de dados ou comunicações que possam, posteriormente, gerar conflito entre as partes contratantes”⁹⁶.

Os mesmos deveres decorrentes da boa-fé objetiva exigidos na formação do contrato devem permanecer durante todo o seu

94- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op.cit., pp. 499 e 501.

95- MIRAGEM, Bruno. *O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução*. Op.cit., p. 47.

96- CARLINI, Angélica. *A proteção do Consumidor de Seguros e a Construção da Relação de Confiança*. Op.cit., p. 74.

cumprimento. Com fundamento nos artigos 765 e 766 da Codificação Civil vigente, as partes devem cooperar para a realização dos interesses consignados na constituição do vínculo obrigacional. Neste sentido estão as lições de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza:

*“A boa-fé, no seguro, deve ser bilateral, como aliás em qualquer contrato, impondo-se igualmente ao segurador, desde a fase pré-contratual até a pós-contratual, antecedendo, portanto, a conclusão e prolongando-se após a execução do contrato”*⁹⁷.

Angélica Carlini anota que “a noção de boa-fé ingressa na nova ordem contratual apoiada nos princípios da lealdade e confiança que juntamente com ela formam o alicerce fundamental que deve nortear o comportamento das partes contratantes”⁹⁸. É em razão da relevância da técnica mutualística que se pode dizer que, nos contratos de seguro, deveres de lealdade e cooperação têm maior intensidade, mais do que qualquer outro contrato celebrado no mercado econômico.

4. Da doutrina do adimplemento substancial no contrato de seguro

Curiosamente, o primeiro julgado do STJ que aplicou a Teoria do Adimplemento Substancial no Brasil, já estudado sob a ótica do direito obrigacional no capítulo primeiro da presente pesquisa, envolvia um contrato de seguro – REsp. 76.362/MT, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Vale destacar que os Ministros do Superior de Justiça não deixaram de observar as regras específicas do contrato de seguro para determinar o pagamento da indenização securitária, mas levaram em consideração o comportamento dos contratantes no caso concreto e a incidência do princípio da boa-fé objetiva. Nesta linha de raciocínio, o relator justificou seu voto com os seguintes argumentos:

[...] “O reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. [...] Se o recebimento das prestações atrasadas constituía prática constante da credora, admitida enquanto significava ingresso de

97 - TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 574.

98 - CARLINI, Angélica. *A proteção do Consumidor de Seguros e a Construção da Relação de Confiança*. Op.cit., p. 76.

*recursos, não pode ser desprezada quando do último pagamento, persistindo as mesmas circunstâncias, apenas porque agora interessava à credora caracterizar a mora. [...]*⁹⁹

Neste trecho o Ministro Ruy Rosado do Aguiar esclarece que o direito de resolução contratual estaria afastado por força do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, identificando no caso concreto um comportamento contraditório da companhia seguradora. Sobre o referido princípio, são oportunas as lições de Anderson Shreiber:

“A tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada em outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”¹⁰⁰.

Verifica-se no julgado destacado que foram utilizados muitos argumentos pautados na boa-fé objetiva para afastar, no caso concreto, as regras previstas no Código Civil que desobrigavam o segurador a pagar a indenização. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no contrato de seguros requer uma análise rigorosa acerca do cumprimento parcial, o comportamento dos contratantes e compreensão da complexa disciplina legal vigente relativa aos Seguros, de modo a respeitar as disposições que tratam do descumprimento contratual.

4.1. Da suspensão do direito à indenização – art. 763 do Código Civil de 2002

A análise da jurisprudência atual revela que a Teoria do Adimplemento Substancial tem sido aplicada de modo inadequado, seja adotando critérios meramente quantitativos na análise do cumprimento obrigacional ou deixando de observar a disciplina legal referente à operação de seguros. A título de exemplo, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual afastou-se a suspensão da cobertura securitária com fundamento na Teoria do Adimplemento Substancial:

“O atraso no pagamento de uma única contribuição, por quinze dias após o vencimento, não produz o efeito de suspender a

99 - STJ, 4ª T., REsp 76362, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j: 11/12/1995.

100 - SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p. 101.

cobertura, em face do adimplemento verificado durante toda a contratação, esta iniciada aos 29.05.2006. Incide a teoria do adimplemento substancial em ordem a impedir o uso arbitrário do direito de suspender os efeitos do contrato, em observância aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato”¹⁰¹.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o artigo 763 do Código Civil vigente estabelece que o segurado não terá direito à indenização se estiver em mora no pagamento do prêmio, na hipótese de ocorrência do prêmio antes de sua purgação. Merece importante registro que a redação da disposição legal supramencionada não trata da resolução contrato por inadimplemento da parte segurada, mas da suspensão do direito à indenização enquanto o seguro estiver inadimplente. Não se deve confundir, pois, a suspensão da cobertura em razão do descumprimento contratual do segurado estabelecida no artigo em análise e extinção do contrato de seguro.

Desse modo, sendo a Teoria do Adimplemento Substancial um mecanismo de impedimento ao exercício do direito de resolução contratual abusivo, diante de inadimplemento mínimo, tal fundamento não seria válido para afastar a suspensão prevista no dispositivo da codificação civil vigente. João Marcelo dos Santos e Bárbara Bassani de Souza fazem as seguintes observações sobre os efeitos da mora no contrato de seguro, destacando a diferença entre extinção do vínculo contratual e suspensão de cobertura:

“Em verdade, a Teoria do Adimplemento Substancial relativiza o inadimplemento absoluto, de forma a não torná-lo hipótese de extinção do contrato quando verificado o adimplemento da maior parte das obrigações previstas no contrato. Essa teoria, contudo, não afasta os efeitos que a mora possa ter tido, inclusive, no que se refere especificamente ao contrato de seguro. Poderia até ser aplicada ao caso de cancelamento do contrato (não à suspensão de cobertura), mas, como regra geral [...]”¹⁰²

Vale ressaltar que o aparente rigor da redação do artigo 763 não contraria a cláusula geral de boa-fé prevista no artigo 422 da codificação

101 - TJ-RJ-APL:1011775020108190002RJ0101177-50.2010.8.19.0002, Relator: Des. Jesse Torres, Data de Julgamento: 11/04/2012, SEGUNDA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/04/2012.

102 - SANTOS, João Marcelo dos; SOUZA, Bárbara Bassani de Souza. *Os efeitos da mora no pagamento do prêmio de seguro. Ponto de Vista*. Caderno de Seguros. Edição nº 235. Rio de Janeiro, Funenseg, 2014, p. 33.

civil vigente, pois o recebimento do prêmio é essencial à manutenção da adequada estruturação técnica da operação securitária, ou seja, a suspensão da cobertura enquanto o contratante não purgar mora é o mecanismo de proteção à mutualidade e desestímulo à inadimplência. Tolerar tal descumprimento contratual retira a equivalência entre valor do prêmio e garantia prestada pela seguradora, sendo necessário, portanto, que o magistrado tenha sólidos conhecimentos acerca da estrutura técnica do contrato de seguro antes de proferir sua decisão.

No seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul constata-se uma análise mais aprofundada do caso concreto, levando-se em consideração a disciplina legal da atividade securitária à luz da boa-fé objetiva, conforme se verifica nos trechos do voto do relator destacados abaixo:

*“Se o prêmio não foi pago e o sinistro já ocorreu, não há que falar em cobertura securitária, pois a âlea da relação contratual desapareceu. [...] Com efeito, ainda que se advogue com a tese de que a inadimplência do prêmio não resolve o contrato de seguro, como vimos não resolve apenas suspende a cobertura, salvo evidente boa-fé do contratante, devidamente comprovada nos autos, é indispensável a concorrência da boa-fé do inadimplente e o lapso da mora seja bem explicado e justificado [...]”*¹⁰³

Nos casos que envolvem o contrato de seguro a análise meramente quantitativa do adimplemento do segurado é, incontestavelmente, insatisfatória, sendo essencial uma verificação qualitativa do cumprimento obrigacional. Ainda que haja adimplemento substancial da obrigação, a teoria não deve ser aplicada quando houver comprovada má-fé do segurado, como nos casos em que não houve o pagamento da última parcela por longo período, como ocorreu no fato ora destacado, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ocorrendo atraso no pagamento, ou seja, mora do segurado, é possível o revigoramento do contrato para prevenir eventos futuros, tendo em vista que a cobertura estará suspensa enquanto não pago o prêmio conforme estipulado. [...] Não há que se invocar abusividade de cláusula de rescisão unilateral do contrato de adesão, eis que não se pode afirmar que o contrato fora rescindido, mas apenas que a cobertura estava

103- TJ-RS, Relator: Níwton Carpes da Silva. Data de Julgamento: 25/10/2012, Sexta Câmara Cível.

suspensa por ocasião do sinistro. Muito menos seria caso de admitir o pagamento da parcela faltante posteriormente ao sinistro, o que desnaturaria a natureza aleatória do contrato, abrindo ensejo a atitudes de má-fé do segurado, o qual somente pagaria o prêmio após a ocorrência do sinistro”¹⁰⁴.

Em caso semelhante, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, acerca do atraso no pagamento do prêmio por período superior a 15 (quinze) meses:

“Em regra, para a configuração da mora no pagamento relativo ao prêmio, faz-se necessária interpelação do segurado, sendo o mero atraso insuficiente para desconstituir a relação contratual, no entanto, o inadimplemento de parcelas superior ao período de quinze (15) meses não pode ser entendido como simples atraso, o que inclusive afasta a abusividade da cláusula de cancelamento do seguro sem prévia interpelação do segurado”¹⁰⁵.

Nesta linha de raciocínio, somente a análise do caso concreto permitirá a verificação da boa-fé dos contratantes, essencial à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. No seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, restou comprovada falha da seguradora quanto ao dever de cooperação, que injustificadamente impediu a purgação da mora, tendo o segurado agido com boa-fé:

“[...] Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato [...]. A entidade de previdência obstou a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se a isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada morte do contratante. Incidência do art. 21, §3º, da Lei nº 6.435/77”¹⁰⁶.

104- TJ-SP, Relator: Cristiano Ferreira Leite, Data de Julgamento: 13/06/2011, 33ª Câmara de Direito Privado.

105- TJ-GO, 6ª C. CÍVEL, 257355-58 2007 8 09 0051 – AP CIVEL 200792573552 – Relator: Desembargador Jeová Sardinha de Moraes. PUBLICAÇÃO: terça-feira, 31/01/2012.

106- REsp 877.965/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Julgado em 22/11/2011, DJe: 01/02/2012.

A teoria em estudo, consubstanciada na boa-fé objetiva, impede o direito desarrazoado de resolução, o que se distingue da possibilidade de suspensão da cobertura securitária gerada pela mora no pagamento do prêmio, prevista no artigo 763 do Código Civil vigente. Entretanto, os tribunais brasileiros e o STJ têm determinado o pagamento de indenizações diante do inadimplemento da parte segurada, utilizando como fundamento principal a doutrina do adimplemento substancial, deixando de observar a complexa disciplina legal do contrato de seguro e, desse modo, causando desequilíbrio à estrutura da mutualidade.

4.2. Da natureza da mora do segurado – Jurisprudência do STJ e Projeto de Lei do Senado nº 234/2014

A Teoria do Adimplemento Substancial vem sendo aplicada nos casos que envolvem contratos de seguro em conjunto com outros argumentos. O mais comum deles é ausência de interpelação para constituir o segurado em mora, requisito que, até a presente data, carece de previsão legal. A título exemplificativo, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

“[...] para que o art. 763 do Código Civil produza efeitos em favor do segurador, não obstante a mora automática (art. 397) do segurado no pagamento do prêmio, o fornecedor deverá demonstrar, de forma expressa, que comunicou ao contratante do risco de suspensão da cobertura enquanto perdurar a mora. [...] Ademais, outros valiosos princípios informativos do direito material são perfeitamente aplicáveis ao contrato de seguro, como, por exemplo, o princípio da conservação do negócio jurídico, segundo o qual se deve procurar conservar o máximo do negócio realizado pelas partes, o do adimplemento substancial, cuja aplicação em nosso direito é inconteste o da boa-fé objetiva”¹⁰⁷.

Apesar de ser inexistente tal exigência na legislação vigente, tal entendimento tem sido aplicado em razão do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, posicionamento este que tem se modificado ao longo dos anos. Em consulta à jurisprudência superada, verifica-se que o STJ considerava indevida a indenização securitária se houvesse atraso no pagamento do prêmio, conforme consta nos seguintes julgados:

107 - TJ-ES. Relator: Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama. Data de Julgamento: 31/01/2012, Segunda Câmara Cível.

*“CIVIL. SEGURO. SUSPENSÃO. REABILITAÇÃO. Não há cobertura securitária durante o prazo de suspensão do seguro, pois que a reabilitação pelo pagamento do prêmio em atraso opera ex nunc [...]”*¹⁰⁸

*Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais atrasadas. Suspensão da eficácia do contrato. Em consonância com o que dispõe o artigo 12 do Decreto-lei nº 73/66, a seguradora não fica obrigada a pagar a indenização se, na data do óbito, o segurado estava em atraso quanto ao pagamento do prêmio, razão pela qual encontrava-se suspenso o contrato. Recurso Especial não conhecido”*¹⁰⁹.

De acordo com o entendimento atual, o atraso no pagamento do prêmio não gera automaticamente o cancelamento ou suspensão do contrato de seguro, sendo exigida interpelação do segurado, conforme se verifica nos seguintes julgados:

*“Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais dos prêmios atrasadas. Suspensão de eficácia do contrato. Inexistência. I – A Segunda seção, quando do julgamento do REsp 316.449/SP, decidiu que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora [...]”*¹¹⁰

*Civil Seguro - Automóvel - Atraso na prestação - mora - caracterização - Cancelamento Automático - Impossibilidade. Para que se caracteriza mora no pagamento de prestações relativas ao prêmio é necessária interpelação do segurado. Mero atraso não basta, para desconstituir a relação contratual”*¹¹¹.

Sobre esta questão há críticas da doutrina especializada, pois tal exigência não seria compatível com natureza da mora no contrato de

108 - REsp 29195/PR. Rel. Min. Dias Trindade. ER 03/93. Quarta Turma, julgado em 08.03.1998, DJ 19.09.1994, p. 24696.

109 - Resp. 302.500/MG. Rel. Min. Castro Filho. Terceira Turma, julgado em 21.10.2003, DJ 09.12.2003, p.278.

110 - REsp 737.061/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 09/10.2002, DJ:12.04.2004, p. 184.

111 - REsp 318.408/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 06.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 355.

seguro, que é, na forma da codificação civil vigente em seu artigo 397, *ex re*. De acordo de Ricardo Bechara Santos:

“[...] a mora do segurado para com o pagamento do prêmio, se conhecido o termo, independe de notificação, conforme claramente estabelecido no artigo 397, consoante o qual o inadimplemento da obrigação, no seu vencimento, constitui automaticamente em mora o devedor, razão pela qual estará, desassombradamente, o segurado em mora se a ele foi posta a data do vencimento do prêmio no boleto ou carnê de pagamento [...]”

Com o objetivo de tornar a referida exigência de interpelação, criou-se o projeto de lei do Senado nº 234/2014, segundo o qual se pretende alterar o artigo 763 do Código Civil vigente, que passaria a ter a seguinte redação:

“Artigo 763. Parágrafo único: A suspensão do direito à indenização condiciona-se à prévia notificação ao segurado, no último endereço por ele informado, tão logo o segurador verifique o atraso do pagamento do prêmio, com a advertência de que os prejuízos decorrentes de sinistros eventualmente havidos durante a mora não serão indenizados até a sua purgação”¹¹².

Na justificativa do referido projeto de lei, o Senador Valdir Raupp (PMDB-RO) argumenta que o efeito das decisões judiciais atuais, baseadas no entendimento fixado no STJ, dão efeito que se aproxima do conceito de mora *ex personae*, conforme se verifica no seguinte trecho:

“Ainda que a suspensão automática da obrigação de indenizar, diante do não pagamento do prêmio fosse esperada, diante da mora ex re prevista para esse tipo de situação, a teor do disposto no caput do art. 397 do Código Civil, ou seja, quando as obrigações são positivas (condutas comissivas de dar ou fazer), líquidas (certas e determinadas, independente da necessidade de cálculos) e a termo (prazo certo), certa celeuma judicial estabeleceu-se nos tribunais à luz de questões como a natureza do contrato de adesão diante da fragilidade do consumidor e, ainda, em atenção a princípios muito caros ao civilista moderno, aplicáveis aos negócios jurídicos,

112 - Projeto de Lei do Senado nº 234/2014. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118265>.

e que dão efeito semelhante à mora ex persona ao contrato de seguro, como o que concerne à função social do contrato, ao adimplemento substancial (ou descumprimento da parte mínima), e à conservação do negócio jurídico, que no Código Civil de 2002 ganharam maior força”¹¹³.

Contudo, em parecer referente ao referido Projeto de Lei do Senado, Ricardo Bechara Santos critica tal justificativa considerando que o artigo 763 do Código Civil não merece qualquer alteração, tendo em vista a indiscutível importância do adimplemento pontual do prêmio, a prevalência do coletivo sobre o individual, decorrente da mutualidade, e a natureza de instrumento de desestímulo à inadimplência. Nas palavras do autor:

“Realmente, não é razoável, nem curial, nem proporcional, fazer do segurador uma espécie de secretário sempre em prontidão do segurado, para avisá-lo das consequências da mora em cada atraso por ele cometido no pagamento do prêmio. Ora, no terreno da razoabilidade e da proporcionalidade, basta a advertência inicial, e clara, feita por escrito e com destaque no momento da conclusão do contrato”¹¹⁴.

Tal questão merece, de fato, um estudo aprofundado, pois se em uma linha de argumentação tem-se em foco a proteção à mutualidade, essencial para o exercício da atividade securitária, e em outra considera-se essa necessidade de interpelação, ainda que a mora no contrato de seguro seja *ex re*, como manifestação de um dever de cooperação entre os contratantes, à luz da boa-fé objetiva.

4.2.1. Do enunciado nº 371 do Conselho da Justiça Federal - IV Jornada de Direito Civil.

Com o desenvolvimento da jurisprudência acima destacada, editou-se o enunciado nº 371 do Conselho da Justiça Federal, oriundo da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução”. Tal redação foi fruto de debate entre juristas, operadores do direito e advogados que se reuniram em plenária e aprovaram um entendimento acerca do artigo 763. Contudo, há de se destacar que os participantes expuseram linhas de raciocínios distintas, conforme será demonstrado em breve síntese a seguir.

113 - Op.cit.

114 - Parecer encaminhado à Confederação Nacional de Seguros Privados, em resposta à Carta CNseg nº 1.026/14, material cedido pelo autor.

Marcos Catalan argumenta que a interpretação inflexível do artigo 763 do Código Civil violaria um dever lateral de cooperação, conforme se verifica a seguir:

“Há de se considerar que o segurador sempre terá direito ao prêmio, ainda que não seja obrigado a desempenhar a prestação que assumiu, haja vista ser essencial à sobrevivência da atividade securitária a distribuição dos riscos entre seus clientes e, nesse contexto, os argumentos segundo os quais a ausência de pagamento do prêmio, pelo segurado, exerceria influência sobre o equilíbrio financeiro da seguradora e desestimularia os devedores a honrarem suas obrigações, são falácias que não podem ser consideradas, pois basta às seguradoras, na ausência de pagamento, exigirem o desempenho da prestação pelos meios que o sistema põe a sua disposição. [...] ainda que se aceite a tese de que o segurador possa deixar de cumprir sua obrigação com amparo na regra do art. 763 do Código Civil, seria coerente sustentar que ele, segurador, na medida em que o princípio da boa-fé objetiva lhe impõe o dever lateral de cooperação, deva notificar o segurado para que este possa purgar a mora em prazo razoável, como ocorre, por exemplo, no Direito português, no italiano e no Direito espanhol [...]”¹¹⁵

Outro jurista participante do mesmo evento foi Guilherme Couto de Castro, apresentando uma argumentação fundamentada no Código de Defesa do Consumidor, ressaltando:

“Se interpretação sistemática, em especial à luz do Código de Defesa do Consumidor, já afastava o rigor do art. 12, com mais forte razão se há de fazê-lo agora, pois o art. 763 do Código é bem mais brando do que o art. 12 do Decreto-lei nº 73/66. Exige a mora do segurado. E a mora, aqui, em nome do equilíbrio, deve ser entendida como constituída após interpelação (mora ex persona)”¹¹⁶.

Para Thiago Barros de Siqueira e Eliza Sophia Delbon Atiê Jorge, “o art. 763 há de ser aplicado casuisticamente, levando-se em consideração a função social do contrato e a boa-fé do segurado, não servindo o mero atraso no pagamento do prêmio para impedir o direito à indenização”.

115- *Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/volume_I.pdf

116- Op.cit.

De fato, somente a através da análise do caso concreto será possível verificar se os contratantes tiveram ou não comportamento pautado conforme a boa-fé objetiva, padrão de conduta essencial à adoção da Teoria do Adimplemento Substancial.

Por fim, um dos participantes ressaltou a diferença entre suspensão da cobertura e resolução do contrato pelo segurador. De acordo com Wanderlei de Paula Barreto:

“Resta correta, ante o texto legal positivado, a quarta tese, a de que a mora quanto ao prêmio produz o efeito automático da suspensão da eficácia do contrato contra o segurado, liberando o segurador da obrigação de prestar a garantia, salvo se Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil? optar por resolver o contrato, hipótese em que fará jus ao prêmio proporcionalmente à vigência do pacto”¹¹⁷.

O referido autor destaca, ainda, a utilização da “tabela de prazo curto” para garantir vigência proporcional do contrato de seguro ao percentual do prêmio adimplido pelo contratante. Com previsão na Circular-Susep nº 239/2003, a referida tabela foi “idealizada como que se o segurado fosse realizar um contrato de seguro a prazo mais curto”. Trata-se de um mecanismo elaborado através de cálculos atuariais para relacionar a proporcionalidade do percentual do prêmio pago com a vigência do contrato de seguro, de modo a aproveitar o adimplemento parcial da parte segurada. De acordo com Ricardo Bechara Santos:

“Com tal mecanismo, o segurado que se encontrar em mora com o pagamento do prêmio fracionado, poderá receber a indenização por inteiro se o sinistro ocorrer dentro de um dos períodos temporais previstos na tabela”¹¹⁸.

Contudo, é oportuno destacar o denominado princípio da indivisibilidade do prêmio, segundo o qual os riscos não devem ser considerados de modo isolado, pois há momentos em que o evento danoso previsto no contrato de seguro tem maior probabilidade de ocorrência. Sobre o princípio em estudo, Pedro Alvim fez as observações abaixo:

“Pondera-se ainda que não é possível calcular o prêmio para cada fração do tempo do contrato. O risco não se distribui

117 - Op.cit.

118 - SANTOS, Ricardo Bechara. *O Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. Op.cit., p. 65.

igualmente por todo o período. A probabilidade da ocorrência pode concentrar-se mais nessa ou naquela fase de seu curso, dependendo da peculiaridade do risco e de outras circunstâncias que influem na modificação de sua intensidade. Por exemplo, o risco de incêndio em matas é maior no período de seca. O de enchente, no período das chuvas”¹¹⁹.

No mesmo sentido, Vera Helena de Mello Franco faz as seguintes observações:

Frank Larrubia Shin, associando a indivisibilidade do prêmio ao princípio da irredutibilidade do prêmio, expressamente previsto no artigo 770 do Código Civil¹²⁰, alerta dos riscos de admissão de fracionamento, argumentando que “a devolução parcial do prêmio ao segurado poderia falsear a estabilidade dos cálculos e as operações do segurador”¹²¹.

5. Conclusão

Apesar do constante crescimento do mercado segurador¹²², pode-se afirmar que a cultura da mutualidade ainda não prosperou na sociedade brasileira. Nas palavras de Gustavo Tepedino, “a classe média não sabe o que é o seguro, acha que é coisa de rico”, e “isso faz com que o julgador tenha em mente somente o litígio individual”¹²³. Nas palavras de Ricardo Bechara Santos, “a generosidade para com aqueles que não têm direito contratual pode-se transformar em perversidade para com a universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador”¹²⁴.

119 - ALVIM, Pedro. Op.cit., p. 295.

120 - “Art. 770 do Código Civil de 2002: Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.”

121 - SHIN, Frank Larrubia. Op.cit., p. 29.

122 - De acordo com o site www.segs.com.br, em 2014, no Brasil, foram “R\$ 60 bilhões devolvidos à sociedade em forma de indenizações, benefícios e prêmios”: <http://www.segs.com.br/seguros/48040-mercado-segurador-em-alta.html>. Acesso em 01/07/2015.

123 - TEPEDINO, Gustavo. *10 anos do Código Civil: O que mudou. O que mudar*- entrevista. In Caderno de Seguros. Edição nº 171. Rio de Janeiro, Funenseg, janeiro/2012, p. 10.

124 - SANTOS, Ricardo Bechara. “Interesse Segurado e o Princípio da Predeterminação do Risco”. In *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Angélica Carlini e Ricardo Bechara Santos (orgs). Rio de Janeiro, Funenseg, 2011, p. 123.

Tal situação é, de fato, preocupante. A ausência de conhecimento aprofundado a respeito da técnica securitária, o desconhecimento de sua relevância social e econômica e, principalmente, a incompreensão do mecanismo da mutualidade, permitem a constante prolatação de decisões injustas que prejudicam a estrutura securitária com impactos sociais indesejáveis.

A análise da jurisprudência atual revela que o Poder Judiciário tem adotado critérios insatisfatórios, seja na utilização de método meramente quantitativo na verificação do cumprimento obrigacional do segurado (pagamento parcial do prêmio), na ausência de um devido exame do comportamento dos contraentes (se estariam ou não pautados na boa-fé objetiva), entre outros. Faz-se necessária a adoção de um critério qualitativo, que não se limite na quantificação do adimplemento, que seja pautado no modelo de conduta social (padrão ético de comportamento), sendo imprescindível uma rigorosa análise do caso concreto. Considerando a relevância socioeconômica da operação de seguros e sua estrutura mutualística, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substantial. Nestes casos requer profundos conhecimentos da respectiva disciplina legal e adoção de critérios rigorosos.

Deve-se, pois, alertar sobre os impactos sociais das decisões judiciais que, ao ter em vista somente a vulnerabilidade do segurado em relação à companhia seguradora (com incontestável paternalismo), desconsidera o interesse coletivo da comunidade de segurados, que deve prevalecer para a manutenção do equilíbrio da mutualidade. Infelizmente, no Brasil tem-se uma visão focada no conflito individual, no qual, frequentemente, de um lado está a vítima de um dano e de outro uma companhia que tem condições e o dever de pagar a indenização e se recusa a fazê-lo. Nas palavras de Gustavo Tepedino, “é preciso desconstituir esta visão individual e maniqueísta, em favor da compreensão do equilíbrio atuarial, do qual depende a razoabilidade dos preços dos prêmios praticados”¹²⁵.

Neste cenário de incompreensão a respeito da operação de seguros, a entrega da tutela jurisdicional por magistrados pouco cuidadosos constantemente contraria a estrutura de tal atividade, causando efeitos que transcendem as partes envolvidas em determinada relação processual. Na verdade, em razão destas decisões judiciais, eventos danosos que não seriam indenizados contribuem para aumentar o índice

125 - TEPEDINO, Gustavo. *10 anos do Código Civil: O que mudou. O que mudou* - entrevista. In Caderno de Seguros. Edição nº 171. Rio de Janeiro, Funenseg, janeiro/2012, p. 10.

de sinistralidade¹²⁶, fator levado em conta para o aumento do valor do prêmio puro¹²⁷. Desse modo, há de se concluir que o descuido do Poder Judiciário nestas questões causa o encarecimento do contrato de seguro e, conseqüentemente, desestimula sua contratação pelo consumidor.

6. Referências

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Funenseg, 2001.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substantial*. São Paulo, Saraiva, 2007.

CARLINI, Angélica; SANTOS, Ricardo Bechara (organizadores). *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Rio de Janeiro, Funenseg, 2011.

CARLINI, Angélica (coordenadores). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil; direito empresarial e direito do consumidor*. 1ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. São Paulo, Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil. Palestra proferida no seminário realizado em 10/05/2002, in “*Anais - EMERJ Debate sobre o Novo Código Civil*”. Rio de Janeiro, 2002.

CUÑA, Nestor A. Gutiérrez. *El contrato de seguro, Parte General*. Funcación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2007.

DA SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. *Adimplemento substantial*. Dissertação (Mestrado na área de direito das relações sociais, subárea Direito Civil). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, 2006.

DIMATTEO, Larry A.- *Articles – Equity’s modification of Contract: An Analysis of the twentieth Century’s Equitable Reformation of Contract Law*, 1998.

126- “É o coeficiente ou percentagem que indica a proporção existente entre o custo dos sinistros ocorridos em uma apólice, em um conjunto de riscos ou em uma carteira de apólices, e o volume global de prêmios advindos de tais operações no mesmo período”. SOUZA, Antonio Lober Ferreira de. *Dicionário de Seguros: vocabulário conceituado de seguros*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Funenseg. 2011. p. 121.

127- “É a parcela do prêmio que é suficiente para pagar sinistros e as respectivas despesas de regulação e liquidação. SOUZA, Antonio Lober. Op.cit., p. 167.

DIMATTEO, Larry A. *The Norms of Contract: The Fairness Inquiry and the "Law of Satisfaction – A Nonunified Theory"*. Hofstra Law Review: Vol. 24: Iss. 2, Article 8, 1995.

FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*, Deuxième édition. Larcier, Bruxelles, 2010.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento Substantial*. São Paulo, Atlas, 2014.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. Edição 5, rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematisado*. Volume I. São Paulo, Saraiva, 2011.

GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do contrato de seguro*. Rio de Janeiro, Funenseg, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substantial das Obrigações*. Saraiva, 2011.

MARTINS, Raphael Manhães. *Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato*. Revista da EMERJ, v.11, Nº 44, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)*. In Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS.

NUNES, Diego. *Do Papel do Órgão regulador e fiscalizador: Aspectos Jurídicos do contrato de seguro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

PELLON, Luís Felipe. *Pressupostos da fiscalização de seguros privados*. In Revista Jurídica de Seguros, nº 2. CNseg, Rio de Janeiro, 2015

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

ROSSETTI, Marco. *Il Diritto Delle Assicurazioni*. Volume I: L'impresa Di Assicurazione, il Contratto Di Assicurazione in Generale. Padova: Cedam, Italia. 2011.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito dos Seguros no novo Código Civil e Legislação Própria*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SANTOS, João Marcelo dos; SOUZA, Bárbara Bassani de Souza. Os

efeitos da mora no pagamento do prêmio de seguro. Ponto de Vista. Caderno de Seguros. Edição nº 235. Rio de Janeiro, Funenseg, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium – 3ª Edição Revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.*

SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento substancial e outras figuras), in *Direito Civil e Constituição. São Paulo, Atlas, 2013.*

SILVA, Clóvis do Couto e; *A obrigação como processo. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2006.*

SILVA JUNIOR, Inaldo Bezerra. *O Princípio da Função Social aplicado nos Contratos de Seguro. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.*

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, (orgs.) et al *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.*

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista EMERJ em comemoração aos 15 anos da Constituição de 1988. Vol. 6, 2003.*

TEPEDINO, Gustavo. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, t.2, Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *10 anos do Código Civil: O que mudou. O que mudar-entrevista. In Caderno de Seguros. Edição nº 171. Rio de Janeiro, Funenseg, janeiro/2012.*

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro de 2002: dez anos de experiência. In Christiano Cassetari. (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. 1 Edição. São Paulo, Saraiva, 2013.*

TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto, inadempimento e remedi. Milano, Giuffrè, 2010.*

TZIRULNIK, Ernesto. *O seguro de Riscos de Engenharia Instrumento do Desenvolvimento. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.*

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Vol. III: Contratos em Espécie. 3ª Edição. Atlas, São Paulo, 2010.*





OPINIÃO

A entrega de um serviço como prestação do segurador

Luiz Tavares¹

Palavras-chave: Prestação de serviço por seguradora. Pagamento de indenização. Princípio indenitário. Serviços de assistência. Auxílio funeral.

Keywords: Service provision. Cash payment. Indemnity. Assistance services. Funeral assistance.

Sumário: 1. Algumas referências teóricas. 2. Natureza do Seguro de Animais. 3. Serviços de assistência. 4. Auxílio Funeral. 5. Em busca de uma sistematização.

Introdução

Na vida cotidiana e mesmo no mundo jurídico, não é raro sucederem eventos ou edições de atos normativos que aparentemente seguem um padrão de normalidade, mas que, pinçados da simplicidade do seu contexto, podem despertar reflexões de alguma utilidade.

Nesse sentido, passou praticamente *in albis* a expedição de recente Circular da SUSEP (Circ. 571, de 22.06.18) que altera uma anterior, dispondo sobre o seguro pecuário e o seguro de animais, inclusive os animais ditos domésticos, os conhecidos *pets*.

Do texto da Circular, consta um dispositivo (art. 5º, § 2º) inexistente na que foi por ela revogada², que prevê a “possibilidade de substituição da indenização ou do reembolso pela prestação de serviço, mediante acordo entre as partes”.

1- Advogado especializado em Direito do Seguro. Ocupou os cargos de Superintendente Jurídico da Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Diretor do Departamento Jurídico da Susep; Diretor Gerente da Bradesco Seguros. Atualmente, é Consultor Jurídico da CNseg e Vice-Presidente do Conselho de Administração da Escola Nacional de Seguros.

2- A Circular SUSEP nº 571, de 22 de junho de 2018, revogou a Circular SUSEP nº 286, de 21 de março de 2005.

Essa possibilidade constitui uma das três opções de pagamento da prestação a cargo do Segurador: a indenização em dinheiro; o reembolso de despesas incorridas com veterinários, exames e/ou internações e a mencionada prestação de serviço.

Destaque-se, desde logo, que a prestação de serviço ali mencionada não se confunde com a prestação de serviço por terceiro, da livre escolha do segurado, e passível de reembolso. É que essa é a segunda das opções expressamente previstas na Circular, enquanto que a prestação de serviço consiste na terceira, obviamente distinta das duas outras opções.

Embora não se trate de disposição nova, que praticamente repete a que consta de outra Circular, essa última aplicável aos serviços de assistência, uma questão sobressai: segundo os princípios e normas gerais que regem o instituto do seguro, é facultado ao segurador prestar *diretamente* um serviço ao segurado, de forma distinta do pagamento de indenização em dinheiro, seja para cobertura de um prejuízo de valor estimado seja para reembolso de despesas?

Note-se, desde logo, que existem disposições legais expressas que parecem afastar a prestação do serviço pela Seguradora. Por exemplo, o Código Civil determina (art.776) que o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo do segurado, salvo se convencionada a reposição da coisa.

Também é o caso da norma ainda em vigor do Decreto-lei nº 73, de 1966, qual seja o seu artigo 73, que veda às Sociedades Seguradoras explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria.

Haveria, então, contradição entre as regras das circulares da SUSEP que tratam de animais e de assistência com outros princípios e normas que regem o pagamento de indenização pelas Seguradoras? Pretende-se apresentar aqui algumas considerações no intuito de colaborar para o deslinde da questão.

1. Algumas referências teóricas

O pagamento da indenização não figura como um dos elementos do contrato de seguro. O mestre Fabio Comparato³ cita como

3-COMPARATO, Fabio Konder. *Notas Explicativas ao substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no Anteprojeto do Código Civil*, RDM, São Paulo, Ano XI, nº 5, p. 147, 1972.

elementos fundamentais do contrato de seguro: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade.

Também o Código Civil adota a garantia como elemento do contrato de seguro ao estatuir que, *“pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o recebimento de um prêmio a garantir o interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”* (art. 757).

Como se observa, a indenização não é elemento essencial do contrato de seguro pela óbvia razão de que, na maioria dos casos, ela não é paga (daí importante corrente de doutrinadores considerar a apólice de seguro espécie de contrato aleatório). Poder-se-ia, então, afirmar que, não sendo da essência do contrato de seguro o pagamento da indenização, a sua forma e a sua “moeda” seria de livre convenção entre as partes. Mas não é assim.

Uma primeira limitação decorre da incidência do *princípio indenitário*, pelo qual não pode o segurado lucrar com a realização do risco. Com a habitual clareza, Ricardo Bechara leciona: o princípio indenitário é regra universal aplicável ao seguro de danos, por razões irretorquíveis *“já que a indenização do seguro tem caráter reparatório e, como tal, não pode ultrapassar o valor do interesse legítimo sobre a coisa segurada, por isso que qualquer excedente constituir-se-á em vantagem ilícita e sem causa”*⁴.

Outra restrição decorre do mencionado art. 776 do Código Civil, cujo teor é o seguinte: *“O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.”*

Aliás, sobre a matéria, o revogado Código Civil de 1916, continha regra ainda mais restritiva, segundo a qual *“O Segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo assumido, e conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura”* (art. 1458).

Essa regra, que aparentemente não admitia exceções, jamais impediu que, nos seguros de automóveis, as apólices estabelecessem (ainda estabelecem) que o segurador pudesse mandar reparar em oficinas os danos sofridos em caso de perda parcial do veículo, geralmente ocasionada por colisão. É que, mesmo na vigência daquela regra, já se considerava válido o pagamento pela reposição ou reconstrução do bem objeto do seguro, conforme admitia unanimemente a doutrina.

4-BECHARA, Ricardo. *Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Rio de Janeiro, Forense, p. 190, 2008.

A propósito, o grande jurista argentino Isaac Halperin, em trecho citado por Pedro Alvim⁵, ilumina de vez o assunto em trecho de citação obrigatória:

“La indemnización generalmente se debe en dinero. Pero hay supuestos en que consiste en prestaciones personales, como ocurre en el seguro de la responsabilidad civil con la dirección del proceso, o en las sociedades para la defensa judicial, o en el seguro individual de accidentes o de enfermedad, la asistencia médica y quirúrgica etc. Además, existe el supuesto en que el asegurador se reserva el derecho de proceder a la reconstrucción de la cosa destruida — seguro incendio — o a su reemplazo por otra idéntica — seguro de incendio de automóvil, seguro de cristales”.

De sublinhar-se a menção no ensinamento de Halperin, acima transcrito, à assistência médica e cirúrgica, que o insigne jurista inclui entre os casos de “*prestaciones personales*”. É desse tipo de indenização que se cuida aqui, tomando como exemplos o seguro de animais, a prestação de assistência e o auxílio funeral, objeto dos comentários que se seguem.

2. Natureza do Seguro de Animais

Embora o Seguro de Animais tenha como uma de suas finalidades o tratamento de doenças ou lesões que possam acometer os animais de elite, domésticos ou para segurança, a modalidade não se enquadra no ramo seguro rural (pela Circular 571/18 da SUSEP, somente o seguro pecuário configura modalidade de seguro rural). Também não se assemelha, em sua estrutura técnica, a um seguro de pessoas (com o perdão dos zelosos donos dos *pets*), eis que a característica principal desses seguros é a contratação de um capital expresso por uma quantia fixa em dinheiro⁶.

Na verdade, o seguro de animais, tal como plasmado na Circular, guarda maior semelhança com o antigo seguro saúde, denominado seguro de reembolso de despesas médico-hospitalares. (Atualmente, fica esmaecida a analogia porquanto o seguro saúde converteu-se, para desespero dos atuários e técnicos de seguro, em um verdadeiro “contrato de cobertura universal de assistência à saúde” por força da legislação aplicável à chamada saúde suplementar).

5-ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguros*, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 139.

6-Código Civil – “Art. 789. Nos Seguros de Pessoas, o capital asegurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.”

O seguro saúde, tomado na sua configuração técnica original, constitui um seguro de danos, à semelhança do que ocorre com o seguro de animais, visto que ambos se destinam a cobrir despesas com o tratamento de lesões ou doenças. Diversamente, como já assinalado, no seguro de pessoas há um capital segurado, livremente estipulado pelo proponente, que pode inclusive contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse.

De notar que a remissão ao seguro saúde interessa aqui também por uma razão, por assim dizer, histórica: o Decreto-Lei n° 73, de 1966, em suas disposições finais e transitórias⁷, veda expressamente às sociedades seguradoras acumular a assistência financeira com assistência médico-hospitalar. Mais uma vez, as normas aplicáveis ao seguro estão a afastar a possibilidade de as seguradoras prestarem diretamente um serviço, no caso, de operarem diretamente a assistência médico-hospitalar, proibição que vigora ainda hoje.

Isto posto, pode-se afirmar com tranquilidade que o seguro de animais tem a natureza de seguro de danos, sujeito ao aludido princípio indenitário, pelo qual o valor do pagamento ao segurado não pode exceder o valor do serviço demandado.

Todavia, remanesce a questão da assistência prestada diretamente pela Seguradora: como limitar ou calcular na nota técnico-atuarial o valor de algo que não é expresso em moeda, mas estipulado na apólice como uma obrigação de fazer do Segurador?

3. Serviços de assistência

Aparentemente, a questão relacionada à possível confusão entre seguro e assistência teria sido elucidada pela Resolução CNSP n° 102, de 2004. Dita Resolução regulamenta a oferta pelas Seguradoras de serviços de assistência, caracterizados como atividades complementares ao seguro.

Em resumo, a Resolução estabelece que os serviços e assistência devem estar vinculados à existência do seguro mas previstos em documento próprio, em apartado do contrato principal. Mais expressamente, aquele ato regulamentar proíbe que os serviços sejam prestados diretamente pela sociedade seguradora⁸.

7- Decreto-Lei n° 73, de 21 de novembro de 1966, arts. 129 a 135.

8- Resolução CNSP n° 102, de 6 de janeiro de 2004. “Art. 2°. Os serviços mencionados no art. 1° desta resolução: I -; II – não podem: (...), d) ser prestado diretamente pela sociedade seguradora.

Como a citada Resolução autoriza a SUSEP a editar normas complementares, a autarquia expediu a Circular nº 310, de 19 de dezembro de 2005. A Circular explicita, logo em seu art. 2º, § 1º, que os serviços de assistência não poderão ser prestados diretamente pelas sociedades seguradoras⁹.

Todavia, em alteração promovida pela Circular 318/2006 da própria SUSEP, a Circular sobre assistência passou a prever (art. 3º, II) a “possibilidade de substituição da indenização ou do reembolso pela prestação de serviços”. A alteração parece concretizar uma “evolução” no entendimento da autarquia supervisora, embora venha a gerar certa perplexidade ao discrepar da Resolução do CNSP que lhe é hierarquicamente superior, e do seu próprio texto.

Mais complexa fica ainda a tarefa de dar um sentido sistemático à legislação que trata da prestação de serviços no âmbito do seguro, quando se analisa o tratamento legal e regulamentar dado ao auxílio funeral.

4. Auxílio Funeral

O chamado auxílio funeral apresenta todas as características do seguro: há um interesse legítimo, qual seja o do segurado em assegurar a cobertura das despesas com sepultamento; um risco, o de morte; uma garantia, a prestada pela empresa prestadora do serviço de realizar o funeral; e um prêmio, o que é pago ainda em vida do segurado.

No entanto, a Lei nº 13.261, de 22 de março de 2016, que trata dos planos de assistência funerária, embaralha de vez as cartas ao criar um regime isolado e de exceção, inteiramente estranho ao sistema de seguros e afastado dos princípios regentes da atividade.

Com efeito, essa lei dispõe que a comercialização de planos de assistência funerária “será de responsabilidade de empresas administradoras de planos de assistência funeral, regularmente constituídas”, com pagamentos mensais pela oferta de toda a

9-Circular SUSEP nº 310, de dezembro de 2005. “Art. 2º. *As sociedades seguradoras deverão assumir responsabilidade subsidiária perante o segurado pela prestação dos serviços de assistência, na hipótese destes não serem oferecidos como garantias de contratos de seguro.* § 1º *Os serviços de assistência não poderão ser prestados diretamente pelas sociedades seguradoras.* (...)”

estrutura de atendimento. E a realização do funeral será executada diretamente por elas, quando autorizadas na forma da lei, ou por intermédio de empresas funerárias cadastradas ou contratadas.

O diploma legal citado acena ainda com algumas brandas exigências para que essas empresas possam comercializar os planos de assistência funerária, inclusive níveis mínimos de patrimônio líquido e de capital social. Em que pese ameaçar com a suspensão das atividades as empresas que não observarem tais exigências, a Lei é omissa em ponto fundamental, pois simplesmente não indica qual autoridade irá fiscalizar o seu cumprimento!

Trata-se de uma grave fratura no sistema de seguros e um precedente perigoso, na medida em que inaugura um modelo, que certas entidades já pretendem copiar em outros ramos, para oferecer “seguros” aos consumidores incautos. Querem o privilégio de participar do mercado, sem ter que cumprir os requisitos econômico-financeiros, atuariais, contábeis, jurídicos etc. exigidos das companhias seguradoras.

Pois bem. Com o louvável intuito de dar alguma disciplina a esse segmento, o Conselho Nacional de Seguros Privados editou a Resolução nº 352, de 20.12.2017, que dispõe sobre as regras de funcionamento e os critérios para operação do seguro funeral por sociedades seguradoras.

Desta feita, o CNSP evita uma definição a respeito da prestação de serviços pela Seguradora, mencionando apenas a hipótese de oferecimento dessa cobertura, sem precisar por quem seria prestada. Acentua, ainda, essa ambiguidade ao determinar que a Seguradora dever manter telefone gratuito para contato, disponível 24 (vinte e quatro) horas (art. 7º).

Em Disposições Finais, o CNSP rendendo-se à dicotomia criada pela Lei nº 13.261/2016, dispensa do cumprimento da Resolução os planos de assistência funeral regulamentados por aquele diploma legal.

5. Em busca de uma sistematização

Como se procurou demonstrar, no tema prestação de serviço por seguradora há, inegavelmente, algumas inconsistências e uma grave exceção. Quanto a esta última, relativa à assistência funeral, nada a fazer, a não ser lamentar a edição da lei populista que permitiu a

inserção de uma perigosa cunha no sistema de seguros, em desfavor das garantias devidas ao consumidor.

Nos demais casos, ao tratar-se da prestação de serviço por seguradoras, há que se buscar, como já ensinava o saudoso mestre Carlos Maximiliano¹⁰, a conciliação de aparentes antinomias entre normas que tratem do mesmo objeto, antes de decidir-se por uma interpretação que conduza à invalidade ou ineficácia de alguma delas.

Em primeiro lugar, cabe ponderar que a exigência de pagamento da indenização em dinheiro não é (e já não era) regra absoluta.

Como antes consignado, no Código Civil em vigor o art. 776 tem redação diversa da que constava do seu correspondente no Código que anteriormente vigia, a explicitar a hipótese de reposição da coisa, desde que convencionada pelas partes, como exceção à obrigatoriedade do pagamento em dinheiro.

Assim, o novo preceito reconhece a existência de casos em que não convém às partes o pagamento em dinheiro, visto que, parafraseando o citado Pedro Alvim, o seguro não atingirá plenamente a sua finalidade quando a indenização não corresponder à efetiva reparação pelo dano sofrido.

Ora, no caso do seguro saúde e também no de animais, a indenização em dinheiro “não repõe a coisa” em casos de doença ou lesão. Nessas hipóteses, a critério da parte, a melhor solução para a reparação poderá ser o recebimento da assistência médico-hospitalar ou veterinária, visando à cura da doença ou à recuperação da lesão.

Para essas hipóteses, parece cabível a interpretação extensiva da expressão “reposição da coisa” para abranger formas de indenização que procurem obter o retorno da pessoa ou animal ao *status quo ante*, ou seja, obter-se, tanto quanto possível, o retorno à situação que apresentavam antes da ocorrência do sinistro.

Não se pode, contudo, afastar, como se não existissem, as restrições legais que dizem respeito ao pagamento de indenização. Dentro dessa concepção, entende-se que o fato de ser proibido à

10- “*Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico*”. Conforme Carlos Maximiliano, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, p. 134, 1981.

seguradora operar outro ramo de comércio e indústria não a proíbe de prover serviços complementares ao seguro contratado.

Não deveria, porém, prover serviços médico-hospitalares ou de assistência *diretamente*, mas através de empresas terceirizadas, credenciadas ou referenciadas. É que, tecnicamente, a função da Seguradora é administrar os recursos financeiros recebidos dos seus clientes para vertê-los, majoritariamente, no pagamento das indenizações devidas. Trata-se de atividade predominantemente financeira.

Tanto é assim que o imposto incidente sobre o seguro é o IOF, imposto de operações financeiras, e não o ISS, imposto sobre serviços.

Desse modo, segundo o entendimento aqui sustentado, não poderia a Seguradora, por exemplo, ter como departamento seu, para funcionar internamente como parte da empresa, um hospital, uma oficina de reparação de automóveis ou uma clínica veterinária. Mas pode indicar (credenciar ou referenciar), como ocorre no seguro de automóveis e no seguro de saúde, ou mesmo terceirizar no caso de assistência, prestadores de serviços confiáveis, cuja utilização daria ao segurado ou a seu responsável alguma vantagem em relação à opção pelo reembolso pelo mesmo serviço prestado por um prestador de sua livre escolha.

Também não haveria restrição à participação societária de seguradora em empresa prestadora de serviço, desde que tal participação, não configure forma de contornar fraudulentamente a vedação de prestação direta de serviço pela seguradora.

Com efeito, em não havendo proibição por norma legal ou regulamentar específica, entende-se que a participação da Seguradora no capital de empresa prestadora de certos serviços afigura-se perfeitamente lícita, quando se tratar de atividade complementar ao contrato de seguros e não configure a exploração pela própria Seguradora de outro ramo de comércio ou indústria.

Finalmente, e em abono da tese aqui exposta, é de admitir-se um certo alargamento das atividades da Seguradora para incluir a prestação de serviço nos moldes antes aventados. Trata-se de aceitar a interpretação ampliativa das regras até então vigentes para abarcar certas demandas do mercado.

Todavia, essa interpretação extensiva não deve mostrar-se demasiadamente elástica, sob pena de dar azo a indesejáveis exceções

assistemáticas, como a que foi gerada para os planos de assistência funeral. Ademais, uma proximidade excessiva da seguradora com a prestação de serviços, vai elevar a possibilidade de sua responsabilização por atos ilícitos praticados pelo prestador ou, ainda, despertar o insaciável apetite do Fisco para a eventual cobrança do ISS.

Por exemplo, sobre a responsabilidade solidária da Seguradora em razão de erro médico, durante anos prevaleceu no Judiciário a tese sustentada no excelente parecer do prof. Yussef Said Cahali¹¹, de setembro de 2001, cuja conclusão era de que *“não integrando o contrato de seguro saúde, como disciplinado na lei, uma obrigação direta dos serviços de atendimento médico-hospitalar, uma eventual responsabilidade pela eficiência e qualidade do serviço do terceiro escolhido pelo segurado, representa uma obrigação autônoma, que pode ser livremente negociada entre as partes. (...) obrigação que não envolve a responsabilidade da seguradora pela eficiência dos serviços prestados pelo profissional ou hospital livremente escolhidos pelo segurado.”*

Feliz ou infelizmente, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se uma alteração gradual da Jurisprudência no sentido de considerar existente a responsabilidade solidária de todos os fornecedores de um mesmo serviço em relação ao consumidor. As Seguradoras, mesmo que atuem apenas no reembolso de despesas com serviços prestados por referenciado seu ou, com mais razão, por terceirizados vêm sendo condenadas solidariamente em ações de seus segurados por danos que lhes são causados¹².

Desse modo, ainda que se afigure como evolução natural a prestação de serviços como benefício complementar ao contrato de seguro, há sólidos motivos para que certos limites sejam respeitados, em prol da lógica e da preservação do sistema, do controle da solvência das Seguradoras e, conseqüentemente, em favor dos próprios segurados.

11 - Parecer do Professor Yussef Said Cahali, intitulado *Da Inexistência de Responsabilidade Solidária da Empresa de Seguro Saúde em Ações de seus Segurados Pleiteando Indenização por Erro Médico*. São Paulo, setembro de 2001.

12 - Veja-se, como exemplo, acórdão recente do STJ, no qual se determinou a responsabilidade solidária da seguradora, no seguro de automóvel, por danos materiais decorrentes de defeitos na prestação de serviços por parte da oficina referenciada, (REsp. 1341530/PR, julgado em 27/06/2017, Dje 04/09/2017, T4 - Quarta Turma, relator o Ministro Luis Felipe Salomão).

A Função Social do Seguro Garantia, a Cláusula de Cobertura para Atos Dolosos de Corrupção do Tomador e a Cláusula de Embargos e Sanções

Danielle Djouki¹

Lohana Fita²

Resumo: O presente estudo analisa a função social do seguro de garantia, o tratamento legal dado aos crimes de lavagem de dinheiro em face da Lei nº 12.683/2012, dedicando enfoque especial à Cláusula de Cobertura para Atos Dolosos de Corrupção do Tomador e a Cláusula de Embargos e Sanções constantes de contratos internacionais.

Abstract: The present study analyzes the social function of Surety Bond, the legal treatment given to money laundering crimes under Law N°. 12,683/2012, with special focus on the Clause for Coverage for Wrongful Corrupt Actions of the Principal and the Sanctions and Embargo Clause in international contracts.

Palavras-chave: Seguro garantia, lavagem de dinheiro, cláusula de embargos e sanções, pagamentos duvidosos, corrupção.

Keywords: Guarantee insurance, money laundering, embargo and sanctions clause, questionable payments, corruption.

Introdução

Com a publicação da Lei nº 12.683 de 09/07/2012, que alterou a Lei nº 9.613 de 03/03/1998, esta última usualmente conhecida como

1- Diretora Jurídica e de Compliance da Fairfax Brasil Seguros Corporativos S/A, com MBA por Stanford University – EUA em Inovação e Intersecção entre Pessoas e Tecnologia da Informação, MBA em Gestão Empresarial pela FGV/SP, pós-graduada em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP, pós-graduada em Direito Empresarial pela FMU/SP.

2- Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Participante convidada da Comissão de Seguro de Crédito e Garantia da Fensseg.

Lei sobre os Crimes de Lavagem de Dinheiro, toda infração penal que de alguma forma esteja relacionada com a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, é considerada crime de lavagem de dinheiro. Além disso, a Lei nº 12.846 de 01/08/2013, (Lei Anticorrupção), que traz dispositivos que complementam o rol de crimes envolvendo lavagem de dinheiro, impôs uma série de regras às pessoas jurídicas que estejam envolvidas em atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Cenário Internacional e Legislação

A Agência de Controle de Ativos Estrangeiros (*Office of Foreign Assets Control*) OFAC³, órgão de inteligência financeira do Tesouro Americano, em conjunto com o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI⁴, organização intergovernamental para desenvolvimento e promoção de políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, estabeleceram programas de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, que sujeitam seguradoras e resseguradoras sediadas e/ou localizadas nos Estados Unidos, Reino Unido e Comunidade Europeia, às sanções aplicadas pela OFAC, UE e ONU, no caso de efetuarem pagamentos a pessoas, sejam elas física ou jurídica, que de alguma forma estejam envolvidas nos crimes de lavagem de dinheiro.

Dentro do cenário internacional de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção, restrições de negócios são impostas a empresas que não possuem uma política de Compliance, de Controles Internos e de Governança Corporativa, inclusive com a perda de investimentos externos, perda de competitividade e de credibilidade, bem como sanções no âmbito administrativo, civil, criminal, além dos danos reputacionais, que são imensuráveis. Para se ter uma ideia da severidade deste assunto, a legislação do Reino Unido, o *UK Bribery ACT*, pune as empresas por falha na prevenção da corrupção.

3- OFAC – *Office of Foreign Assets Control* do U.S. Treasury Department foi fundada em 1950 com poderes para aplicar sanções e penalidades a empresas e indivíduos que desobedeçam suas diretivas.

4- GAFI - Criado em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas incentivadoras da vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas.

Diante das imposições das normas e das listas restritivas dos órgãos acima citados, iniciou-se uma ampla discussão no mercado segurador brasileiro sobre a importância de se incluir nas apólices de seguro a mesma cláusula de embargos e sanções exigidas por resseguradores internacionais, como forma de garantir a recuperação de resseguro, bem como para estar aderente às normas internacionais de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro.

Em linhas gerais, a cláusula de embargos e sanções veda o pagamento de qualquer benefício ou serviço ao segurado ou beneficiário, no caso de a operação garantida ou de uma das partes envolvidas na relação jurídica contratual vir a violar as regras impostas pela OFAC, ONU e demais normas e acordos internacionais de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro, aí inserido o crime de corrupção.

Para ter-se ideia da severidade de tais acordos e normas, a *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), lei americana de 1977, impõe regras de controles rigorosos a empresas americanas, no que se refere a pagamentos duvidosos e ilegais efetuados a empresas públicas, autoridades governamentais, financiamento de campanhas políticas, ou seja, práticas de corrupção. É importante ressaltar que foi constatado que, inclusive, em algumas situações, a corrupção estaria relacionada ao financiamento do terrorismo.

Dentro desse movimento internacional de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro, o *United Kingdom Bribery Act* (UKBA) que combate a corrupção no *Reino Unido*, definiu como mais uma modalidade de crime, a falha das empresas na prevenção da corrupção, crime passível de punição com pena de até 10 anos de prisão, multa sem limitação de valor e apreensão patrimonial⁵.

Nesse cenário internacional de acirrado combate aos crimes de lavagem de dinheiro, e considerando-se o crítico momento histórico e político que o Brasil está atravessando, com escândalos diários envolvendo figuras públicas, do mundo empresarial e parlamentares, tendo como pano de fundo a incerteza do destino econômico do país, discute-se até que ponto as companhias seguradoras deveriam arcar com o custo da corrupção em seguros de garantia.

5 - <http://www.portaldeauditoria.com.br/auditoria-interna/Introducao-lei-Sarbanes-Oxley-SOx.asp>. Acesso em 30/08/2018.

Regulação no Brasil

No último dia 16/08/2018, a Superintendência de Seguros Privados publicou a Carta Circular Eletrônica nº 01/2018, impondo que as companhias seguradoras, no prazo de 30 (trinta) dias a contar de sua publicação, alterem seus produtos para adequar a cláusula de suas apólices de garantia sobre a não-cobertura de prejuízos decorrentes de atos de corrupção.

De acordo com a referida Carta Circular Eletrônica, ocorrendo o inadimplemento contratual do tomador, mesmo quando envolva ato ilícito exclusivamente a ele atribuído - inclusive o de corrupção - ainda assim, o seguro deverá cobrir o sinistro decorrente do referido inadimplemento contratual.

Ainda que a intenção da Carta Circular possa ser considerada legítima, no que concerne a acabar com algumas distorções de clausulados, e encontre fundamento no artigo 762 do Código Civil, a interpretação ensejada por este dispositivo não pode ser aplicada no sentido literal do texto, de forma que o ato doloso fique restrito ao segurado para que se configure a nulidade do contrato de seguro. E, neste caso, como fica a participação do tomador?

O tomador, como parte na relação jurídica contratual, não pode estar envolvido em atos de corrupção. Ocorrendo tal hipótese, o risco a ser garantido pela seguradora estaria viciado por um ato doloso, considerando-se que a seguradora garante o segurado da inadimplência do tomador no contrato principal.

No dizer do ilustríssimo Pedro Alvim, “a ação dolosa é contrária aos bons costumes e à ordem pública. Recompensá-la com a indenização do seguro, além de ser um ato imoral, constituiria um estímulo à criminalidade” (*O Contrato de Seguro*, 3ª.ed., Editora Forense, Op.cit., pp. 226-227).

Como compatibilizar então a cobertura para atos de corrupção do tomador com o movimento internacional de tolerância zero aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção?

Seguro Garantia

O seguro garantia tem importante função social e exerce papel relevante na vida econômica do país, contribuindo para trazer

confiabilidade e credibilidade aos agentes do desenvolvimento da infraestrutura no Brasil. Avaliadas essas e outras razões que lhe dão importância destacada no cenário nacional, há que se ponderar se o mercado segurador deveria garantir tal risco, colocando-se em posição diversa ou mesmo antagônica aos movimentos e órgãos internacionais que combatem a corrupção.

A título de esclarecimento, o Seguro Garantia divide-se em Público e Privado, em que: (i) segurado é o contratante de um serviço, é o garantido pelo contrato de seguro; (ii) o tomador é o contratado do serviço, a pessoa que contrata o seguro junto à companhia seguradora; (iii) o objeto do seguro é garantir ao segurado a cobertura dos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, conforme as condições previstas nas apólices.

Em outras palavras, vale dizer que se o contratado (tomador), em um contrato de prestação de serviços de execução de obra, por exemplo, não cumprir suas obrigações contratuais e vier a causar prejuízos ao contratante (segurado), estará configurado um sinistro passível de cobertura.

Neste caso, observadas as limitações da apólice, a seguradora indenizará o segurado: (1) cumprindo o contrato por meio de terceiros; ou, (2) indenizando o segurado em dinheiro, dos prejuízos e/ou multas decorrentes da inadimplência do contratado (tomador). Ou seja, trata-se de um contrato tripartite, onde são partes: segurado, tomador e seguradora. E, dentro dessa relação contratual, o tomador não pode ora ser parte e ora ficar à parte da responsabilidade e incidência, no que se refere à abrangência do artigo 762 do Código Civil, já que o risco do segurado está diretamente relacionado com a atividade e idoneidade do tomador.

Dentro dessa relação jurídica contratual, admitir cobertura de seguro para prejuízos decorrentes de atos de corrupção, independentemente de quem os tenha praticado (segurado ou tomador) seria, repete-se, seguir na direção oposta a tudo que vem sendo compreendido no combate aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção.

Importante lembrar que a corrupção, de acordo com as leis vigentes, pode ser ativa (quando se refere ao corruptor) ou passiva (quando se refere ao funcionário público corrompido), sempre sendo necessária para sua configuração a presença de um ente público

que receberá um determinado benefício para praticar, omitir, ou retardar algo.

De acordo com a Carta Circular Eletrônica SUSEP nº 01/2018, se dentro da relação jurídica contratual garantida pelo seguro garantia houver a prática de corrupção pelo tomador, onde eventualmente o agente corrompido seja o próprio segurado, seria possível a negativa de cobertura.

Por outro lado, se o agente público corrompido não for o segurado, mas a corrupção for praticada pelo tomador, e se o contrato principal garantido pela apólice estiver direta ou indiretamente relacionado com o ato de corrupção, (ainda assim) haveria cobertura securitária.

Nesse caso, vale a reflexão. Na verdade, impõe-se a necessidade de se avaliar se o seguro não estaria garantindo prejuízos decorrentes de um ato ilícito/doloso de uma das partes da relação jurídica contratual, já que o contrato de seguro garantia é um contrato tripartite.

Conclusão

Em momento tão delicado como o presente, por que ora passa o Brasil, seria, no mínimo, prudente que se aprendesse com os erros do passado e se adotasse uma nova postura que traria ao país confiança, credibilidade interna e respeito internacional, além de proporcionar maiores chances para a retomada do crescimento da economia e da estabilidade política. Nesse sentido, somente com tolerância zero será possível introduzir mudanças nos negócios públicos e privados implementando-se a transparência e as boas práticas pelas quais anseia toda a sociedade.

Princípios contratuais no direito civil brasileiro: é tempo de redimensioná-los

Thiago Junqueira¹

Resumo: O presente estudo registra o (ab)uso dos designados novos princípios contratuais (boa-fé objetiva, equilíbrio entre as prestações e função social do contrato) no cenário jurídico brasileiro, sugerindo que é tempo de mudanças. Nesse contexto, propõe-se a necessidade de se combater algumas de suas invocações atécnicas, tais quais: i) como espécie de argumento de autoridade, ii) pretendendo se afastar os males do rigor contratual, iii) como reforço em situações que já se encaixam em determinada *fattispecie* e, mais recentemente, iv) em busca de recolocação do vínculo contratual numa situação que não seja demasiadamente favorável à parte mais vulnerável. Em síntese, conclui-se pela imperiosidade de se reservar espaço para a atuação decisiva dos princípios contratuais – a qual, quando feita, deve sê-lo de forma fundamentada – nos casos realmente necessários, conforme parâmetros fixados mediante ampla reflexão pela doutrina e jurisprudência.

Abstract: The present study records the (ab) use of the so designated new contractual principles (objective good faith, balance between benefits and social function of the contract) in the Brazilian legal scenario, suggesting that it is time for changes. In this context, it is proposed the need to combat some of its technical invocations, such as: i) as a kind of argument of authority, ii) seeking to avoid the woes of contractual rigor, iii) as reinforcement in situations that already fit in a particular *fattispecies* and, more recently, (iv) in the search for a return to the contractual relationship in a situation that is not too favorable to the most vulnerable party. In summary, it is concluded that there is imperative to reserve space for the decisive action of contractual principles – which, when done, must be justified – in cases that are really necessary, according to parameters established through broad reflection on doctrine and jurisprudence.

1- Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-graduado pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da FDUC. Professor dos Programas de MBA da Escola Nacional de Seguros e do IDS América Latina. Advogado.

O texto que, com atualizações pontuais, ora se publica corresponde à tradução do trabalho *Principios contractuales en el Derecho Civil brasileño: ha llegado el momento de redimensionarlos*, desenvolvido no âmbito do *Congreso Internacional de Derecho Civil. VIII Centenario de la Universidad de Salamanca*, 2018.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva, equilíbrio financeiro, função social do contrato, vínculo contratual, princípios contratuais.

Keywords: Objective good faith, financial balance, social function of the contract, contractual relationship contractual principles.

Sumário: 1. Aproximação e delimitação do problema. 2. Estado da arte: considerações essenciais sobre os novos princípios contratuais. 3. Em jeito de conclusão: o necessário desenvolvimento entre o princípio e o fim.

1. Aproximação e delimitação do problema

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990) e, sobretudo, do Código Civil de 2002, a teoria contratual brasileira consolidou profunda alteração. Os clássicos princípios que davam tom ao instituto – autonomia privada, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos – passaram, definitivamente, a conviver com os ditos novos princípios contratuais: boa-fé objetiva, equilíbrio entre as prestações e função social do contrato.

Não há novidade na referida afirmação; rios de tinta foram gastos para tratar da mudança de paradigma aludida, que passa pela sensível alteração na própria compreensão do papel dos princípios, ora considerados como normas jurídicas, e de seus modos de aplicação – a integrar a disciplina contratual e vincular o aplicador do Direito.

Especialmente nos últimos anos, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da elaboração científica e da prática jurisprudencial sobre a temática. Suas teorias e decisões, de matizes variadas e por vezes contrastantes, se unem na valorização dos princípios, colocando-os como instrumentos para uma nova concepção do direito contratual.

As particularidades desses instrumentos, entretanto, ainda não estão nítidas. Tudo leva a crer que o momento é de *redimensionamento* - no sentido de dar dimensões determinadas e adequadas em função dos usos. Há que se reconhecer, com efeito, a atuação dos “jovens” princípios, harmonizando-a com a dos antigos. Afinal, é preciso que o sistema jurídico mantenha a coerência.

Tal tarefa, no campo dos contratos de seguro e alhures, advirta-se, é repleta de desafios. Embora haja certo consenso de que o princípio da autonomia privada deve ser remodelado pela boa-fé objetiva, a força obrigatória deve atentar ao equilíbrio econômico da relação contratual,

e o princípio da relatividade deve ser conjugado com o da função social do contrato², a exata maneira de tais conexões é desconhecida. Não se buscará, nas linhas seguintes, a proposição de uma partitura capaz de decifrá-la. O presente artigo visa, tão somente, apontar algumas notas que se julgam imprescindíveis ao debate atual.

2. Estado da arte: considerações essenciais sobre os novos princípios contratuais

Entre os novos princípios reconhecidos em sede negocial, quicá o de atuação mais tímida até o presente momento seja o princípio do equilíbrio contratual. Apesar de enunciado por todos os cantos, a maior parte da doutrina e jurisprudência acaba por restringir a sua aplicação a vetustos institutos (como a teoria da onerosidade excessiva e lesão) que, a rigor, independeriam de um jovem princípio como fundamento. Diante da ausência de um comando legal próprio do Código Civil, e na dificuldade em se enxergar autonomia suficiente, há quem procure afastá-lo do rol de princípios³.

Por outro lado, a função social do contrato alcançou *status* de intocável. Resta, nada obstante, preencher o art. 421 do Código Civil com um significado minimamente preciso⁴. Para se ficar

2- Por todos, TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to Best knowledge of the Sellers*. In *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 250-251.

3- Em abono da verdade, cabe ressaltar-se que o panorama retratado deverá se modificar com a difusão da obra, lançada em dezembro de 2017, de SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. Rio de Janeiro: Saraiva, fruto de brilhante tese de titularidade aprovada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

4- Art. 421 do CC. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O leitor curioso, mediante rápida pesquisa comparatista, logo perceberá as idiosincrasias que permeiam o tratamento daqueles que se dedicaram ao tema no Brasil. Falta consenso até mesmo sobre questões essenciais, como os interesses que devam ser tutelados por meio desse princípio contratual, havendo os que defendem a sua eficácia interna (entre os contratantes) e os que a restringem à eficácia externa (subdividida entre terceiros determinados e a coletividade). A toda evidência, as justificativas para tamanha falta de unidade são a pouca idade da modalidade principiológica em exame – que ainda está em fase de desenvolvimento, uma vez que foi consagrada pelo CC de 2002 – e a forma algo pioneira de sua enunciação legal: “[E] inegável que o nosso ordenamento se destaca por ter consagrado explicitamente a função social como razão e limite para o exercício da liberdade de contratar, sem que se encontre nos ordenamentos estrangeiros enunciados similares”. RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285.

num exemplo de escola, apesar de ser notório que o contrato de seguro deve promover a sua essencial função de garantidor de riscos na sociedade, ainda não foram demonstradas as consequências práticas dessa constatação. De forma mais comum do que deveria e, pior, sem qualquer densificação ou fundamentação⁵, nota-se um desvirtuamento da função social do seguro para uma função assistencial – devendo, essa, a toda evidência, ser problematizada.

Semelhante fenômeno foi descrito como “superutilização da boa-fé objetiva”⁶, o que fortalece o alerta da cautela a ser empreendida no trato dos princípios contratuais. O caso da boa-fé, por ser paradigmático, merece uma análise detida.

Apesar de velha companheira das relações securitárias – não se pode perder de vista que ela estava presente no art. 1443 do CC/1916,

5- “É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada, sem qualquer esforço no sentido de uma distinção funcional, junto com outros princípios, como a boa-fé, o equilíbrio econômico, a vedação de enriquecimento sem causa e a dignidade da pessoa humana, ou ainda para corroborar hipóteses já solucionadas por outro instituto específico, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas. Daí a crítica que pode ser oposta a esta esfera de efeitos: uma vez que não são efeitos exclusivos da função social, esta interpretação contribui para a confusão com outros princípios e institutos. Em vez de auxiliar na individualização da eficácia jurídica própria da função social do contrato, ela produz uma invocação generalizada e sem conteúdo, banalização que serve apenas para esvaziar suas potencialidades”. KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 11, v. 43, pp. 58-59, jul./set. 2010.

6- “Com esta expressão, *superutilização da boa-fé objetiva*, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e com as suas funções”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 116. Sobre o tema, merece transcrição: “A explosão do emprego do instituto jurídico designado como *boa-fé objetiva* tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos *critérios dogmáticos* a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica. Oferecer critérios é também oferecer limites”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 13.

bem como na obra de Pedro Santarém, tida como o primeiro tratado referente aos seguros (1552)⁷ –, na veste de um princípio contratual, a boa-fé – objetiva – foi indubitavelmente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro em 1990, como obra do CDC (art. 4º, inc. III, e art. 51, inc. IV).

À época incipiente, a doutrina nacional sobre o tema logo começou a se avolumar. Salvo exceções, os civilistas entusiasmaram-se com o potencial transformador do princípio no até então rígido direito obrigacional. A “jurisprudência”, por seu turno, cada vez mais foi se encantando e se valendo do princípio para desatar os mais distintos nós górdios.

Na posição privilegiada de um observador contemporâneo, parece correto chegar-se, acerca desse pano de fundo, pelo menos, a duas conclusões. Em primeiro lugar: o fato de a boa-fé objetiva ter sido introduzida por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) acabou por gerar, na prática jurisprudencial, a sua utilização como preceito para proteção do consumidor, e não como “uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para fins contratuais”⁸.

Em segundo lugar, pode concluir-se que os aplicadores do Direito brasileiros demoraram um tempo para se adaptar, e ainda possuem dificuldades no manuseio das novas leis, marcadas por uma tipificação repleta de cláusulas gerais. Como se sabe, os atuais diplomas legais de forma alguma se esgotam na letra da lei, sendo preciso interpretá-los, de modo criterioso e comprometido com a unidade e coerência do ordenamento. A abertura semântica que caracteriza significativa parte das novas legislações não permite o intérprete delas extrair o que quiser. Na célebre lição de Umberto

7- SANTARÉM, Pedro. *Tractatus de assicurationibus et sponsionibus, nunc primum luce donatus*. Original. 1552, versão trad. Lisboa, 2006. p. 163.

8- Cfr. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33. Não se olvide que, com o Código Civil de 2002, a festejada triplíce função da boa-fé objetiva encontrou sede legal: arts. 113 (critério interpretativo), 187 (limite ao exercício de direitos) e 422 (fonte de deveres anexos). Sobre as funções da boa-fé, consulte-se texto clássico: DIEZ-PICAZO, Luís. Prólogo. In Franz Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956. Trad., *El Principio General de la Buena Fe*. Madrid: Editorial Civitas, 1977. pp. 9 e ss.

Eco: “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz”⁹⁻¹⁰.

Trazendo tal ensinamento ao presente texto, é preciso sublinhar que os princípios contratuais não podem continuar a serem invocados para, em última instância, se afastarem os males do rigor contratual – causando restrição indevida à autonomia privada¹¹ –, ou como reforço em situações que já se encaixam em determinada *fattispecie*¹². Não há mais espaço para o uso retórico dos princípios

9- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28. Em sentido semelhante, KÖNDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, v. 60, nº 1, p. 206, 2015.

10- Impõe-se reconhecer, nesse contexto, o árduo trabalho inerente ao intérprete, que deve ter redobrada atenção na qualificação da hipótese fática concretamente envolvida: “É mais fácil usar *a torto e a direito* uma expressão aberta como ‘boa-fé’, empregando-a de modo sempre igual, como se fosse uma régua de uma só medida ou uma etiqueta grosseira, seja um contrato de consumo, uma doação de pai para filho, seja um acordo de acionistas, do que procurar a sua densificação segundo critérios que considerem a sua função, o tipo de relação contratual em causa, a fase da relação obrigacional, apontando, nos elementos concretos do caso, as circunstâncias que importam na sua violação”. MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 5, pp. 75-76, jul./set. 2015.

11- TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 123.

12- Veja-se, à guisa de ilustração, os comentários de Jan Peter Schmidt, pesquisador do Instituto Max Planck de Hamburgo, na Alemanha: “Os juízes brasileiros tendem a desconsiderar as normas específicas previstas na legislação. Em vez disso, preferem lançar mão do princípio da boa-fé, por exemplo. Mesmo que isso, em regra, não influencie o resultado da decisão, esse método deve ser criticado do ponto de vista metodológico, pois demonstra uma compreensão equivocada da relação entre cláusulas gerais e normas específicas. As últimas normalmente concretizam as primeiras. Logo, devem ter preferência na aplicação”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 5, a. 2, p. 351, out./dez. 2015.

contratuais, como espécie de argumento de autoridade (tal qual se nota nos incontáveis julgados brasileiros que referem à boa-fé na sua ementa e sequer a mencionam na fundamentação).

Como reverso da medalha, vale sublinhar-se, não se deve, outrossim, cair no perigo inverso, que é a utilização principiológica para se buscar recolocar a relação contratual numa situação “justa” (leia-se: que não seja demasiadamente pró-consumidor).

Em decisão relativamente recente, o Superior Tribunal de Justiça parece ter caminhado nessa direção ao se guiar pelos princípios da boa-fé e função social do contrato para afastar o direito, reconhecido anteriormente pela corte, a indenização por parte do segurado, no âmbito do seguro automóvel, que causou determinado sinistro após ter ingerido bebida alcoólica. Conforme se extrai da decisão:

De fato, o seguro de automóvel não pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados que, muitas vezes, beiram o abuso de direito, a exemplo da embriaguez ao volante. A *função social desse tipo contratual* torna-o instrumento de valorização da segurança viária, colocando-o em posição de harmonia com as leis penais e administrativas que criaram ilícitos justamente para proteger a incolumidade pública no trânsito [...]. De igual maneira, agora sob o *prisma da boa-fé*, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação¹³.

Será que, de fato, eram necessárias todas as referências principiológicas que foram feitas em tal sede? Não se estaria, ali, diante de um mero inadimplemento? Se uma cláusula contratual – não abusiva – de exclusão de responsabilidade atesta a perda do direito a indenização em determinada hipótese fática – *in casu*,

13- STJ, 3ª Turma, REsp. nº 1.485.717/SP, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 22 nov. 2016, pp. 6-7. (Destacou-se). O referido raciocínio foi afastado no âmbito do seguro de vida, cfr. STJ, 3ª Turma, REsp. 1.665.701/RS, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, j. 09 mai. 2017.

agravamento intencional do risco (art. 768 do Código Civil)¹⁴ derivado de direção por motorista embriagado –, quando ela ganha vida, há motivo para apoiar a ausência de cobertura do risco numa argumentação essencialmente principiológica?

3. Em jeito de conclusão: o necessário desenvolvimento entre o princípio e o fim

To make a long story short, defende-se, nesta sede, que, embora fundamental para o florescer da nova dogmática contratual (e isso está fora de questionamento), deve ser combatido o certo fetichismo principiológico instalado no País, o que, por via transversa, significa dizer ser imperioso o retorno ao estudo aprofundado de metodologia, bem como das categorias e institutos jurídicos, reservando espaço para a atuação decisiva principiológica – a qual, quando feita, deve sê-lo de forma fundamentada, explicando-se a razão determinante à solução proposta, em detrimento de outra distinta, a derivar de específico princípio contratual (cfr. art. 489, § 1º, inc. II do Código de Processo Civil de 2015) – nos casos necessários, conforme parâmetros fixados mediante ampla reflexão, sem perder de vista as características fáticas concretamente envolvidas.

Curiosamente, se o destino assim se revelar, julga-se que, além da segurança jurídica, os próprios princípios contratuais sairão fortalecidos.

14- Art. 768 do CC. “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

Riscos Cibernéticos – Prevenção e Seguro

Landulfo de Oliveira Ferreira Junior¹

Resumo: O artigo aborda a questão dos riscos cibernéticos, enfrentados pelas empresas e profissionais que acessam o ambiente de rede por meio de computadores, ou aparelhos com outros fins e que também se conectam à internet (internet das coisas), apontando condutas a serem adotadas para mitigação do risco, estacando o papel do seguro contra riscos cibernéticos como uma das soluções para evitar o prejuízo financeiro ou de imagem, dentre outras condutas preventivas. O artigo também ressalta a promulgação da lei geral de proteção de dados, analisando sua importância no atual cenário.

Abstract: The article addresses the issue of the cyber risks faced by companies and professionals, who access the network environment through computers, or devices with other purposes and that also connect to the internet (internet of things), indicating manners to be adopted to mitigate the risk, emphasizing the role of insurance against cyber risks as one of the solutions to avoid financial or image loss, among other preventive measures. The article also highlights the promulgation of the general data protection law, analyzing its importance in the current scene.

Palavras-chave: Riscos cibernéticos. Proteção de dados. Seguro para riscos cibernéticos. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Keywords: Cyber Risks. Data Protection. Insurance against cyber risks. General Data Protection Law (LGPD).

1- Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Sócio de Abdalla, Landulfo e Zambrotti Sociedade de Advogados. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos Cursos de Direito e de Ciências Atuariais. Coordenador Acadêmico do MBA Executivo em Seguros e Resseguro da Escola Nacional de Seguros, em Belo Horizonte, MG. Membro da AIDA-Brasil - Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguros. Presidente da Comissão Especial de Assuntos Jurídicos e Fiscais do Sindicato das Empresas de Seguros, Capitalização, Previdência Complementar e de Resseguros no Estado de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso e do Distrito Federal. Coordenador Jurídico do Conselho Empresarial de Seguros da ACMINAS. E.mail: landulfo.ferreira@abdallasa.com.br
www.linkedin.com/in/landulfo-ferreira-junior-a0792527

Sumário: 1. Introdução. 2. Os riscos do acesso a redes gratuitas não seguras. 3. Cenários Catastróficos. 4. A busca da proteção. Cautela nunca é demais. 5. O Seguro contra Riscos Cibernéticos. 6. Cenário Regulatório Brasileiro. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Falar dos cenários atuais relacionados a riscos cibernéticos é missão desafiadora, dado que o tema é de extrema importância em quaisquer atividades empresariais e profissionais. Demais disto, embora diariamente tenhamos notícias de novos casos de invasões, violações (*breaches*) de sistemas de segurança, a doutrina especializada ainda é incipiente entre nós.

Com a grande evolução da tecnologia e sua inevitável adoção em nosso convívio diário, nos acostumamos às facilidades, comodidade da mobilidade e da velocidade embutida em nossos modernos aparelhos de telefonia celular e tablets, dentro outros instrumentos de conexão com a internet. Aliás, a expressão “telefonia” já se mostra um tanto quanto ultrapassada neste contexto.

Já convivemos com naturalidade com a internet das coisas (IoT – expressão em inglês para *Internet of Things*), presente em eletrodomésticos, meios de transporte e até mesmo tênis, roupas, cortinas, luzes da casa e maçanetas conectadas à Internet e a outros dispositivos, como computadores e smartphones. Usamos a tecnologia de forma tão frequente e incorporada ao nosso dia a dia, seja para pedir um táxi, um uber, compartilhar as fotos nas redes sociais, conversar com a família nos grupos de whatsapp e, até mesmo, responder a um e-mail corporativo durante a madrugada. Na grande maioria das vezes fazemos a conexão por meio de redes wi-fi gratuitas.

2. Os riscos do acesso a redes gratuitas não seguras

Aqui aparece um primeiro alerta. Serviços assim, gratuitos ou públicos, são potencialmente atrativos para cometimento de golpes *on-line*, roubo de dados, de senhas de cartão de crédito, dentre outros. Os hackers valem-se da fragilidade destas redes para configurar falsos pontos de acesso, ou simplesmente se introduzem maliciosamente em redes legítimas e as alteram, programando-as para capturar e manipular as conexões feitas pelas suas vítimas.

Todo este conforto e uso tecnológico tornou o ambiente virtual terreno fértil para a ação de hackers. Se no contexto pessoal tem

sido assim, no âmbito das empresas e atividades econômicas não tem sido diferente. Não se pode mais pensar ou indagar se nossas instituições sofrerão um ataque virtual, mas sim quando isto acontecerá e em que escala tal agressão se dará. As agressões, violações ou ataques cibernéticos já são sentidas em atividades econômicas de natureza e características as mais diversas. Engana-se quem ainda acha que seu negócio ou atividade não é ou será alvo de um ataque cibernético.

A frequente utilização cotidiana de canais digitais deixa uma ampla gama de oportunidades para que assim aconteça. Vimos, com maior ruído, a propagação do vírus WannaCry. Em tal episódio, em meados de 2017, mais de 200 mil sistemas em todo o mundo foram atacados e afetados, seja por meio de páginas falsas (*phishing*) ou por e-mails com conteúdo capaz de capturar informações, tais como senhas, dados bancários e dados pessoais dos infelizes usuários que se tornaram vítimas. Assim como os canais digitais são diversos, também são vários os tipos de ameaças cibernéticas de que se valem os hackers: *ransomware*, *worm*, *spyware*, *phishing*, vírus contidos e encaminhados com spams. É uma lista que não esgota e se amplia a cada dia de modo constante e rápido.

Não existe, de fato, um ambiente que se possa dizer que seja mais ou menos atraente aos ataques dos hackers. Certamente existem os que recebem um número maior de ataques ou tentativas de intrusão criminosa, a busca dos criminosos se dá por motivações várias, sendo as mais comuns a obtenção de acesso a informações de clientes de bancos, dados das próprias instituições financeiras, senhas, pirataria de propriedade intelectual, tentativas de comprovação da vulnerabilidade de sistemas e por aí vai.

Poderíamos ficar enumerando por longo tempo as atividades, mas optamos aqui por apenas levantar algumas que nos parecem de maior impacto e relevância, tais como empresas do mercado financeiro, aeroportos, operadores de serviços de saúde, hospitais, operadoras de telecomunicações, empresas públicas de controle de serviços como água, luz, tráfego rodoviário e urbano, empresas de transportes.

3. Cenários Catastróficos

Apenas com estes exemplos podemos aqui imaginar os transtornos, prejuízos financeiros, materiais e pessoais que podem resultar da invasão dos controles automatizados em sistemas

eletrônicos de tais empresas ou entidades. Imaginem o controle das comportas de determinada usina hidroelétrica nas mãos de um criminoso cibernético? Imaginem a impotência de quem de fato as devia controlar? Prejuízos? Impossível imaginar. Imagine-se, igualmente, um outro exemplo, de maior criticidade, que venha a ocorrer no acesso indevido e criminoso de um sistema eletrônico de gestão e funcionamento de um hospital. Qual o alcance de tal ato? Aparelhos sendo desligados, sabotados ou tendo seu funcionamento alterado deliberadamente? Imagine tudo isto no curso de cirurgias?

Não faz muito tempo, registrou-se impacto essa natureza no Hospital do Câncer em Jales, Fernandópolis e Barretos, SP, em razão da “inoculação” do *ransomware* “Petya”. Esse vírus, ou como passamos a chamar, o mecanismo do golpe, um *ransomware*, “sequestra” os arquivos no computador ou servidor e só os libera mediante pagamento em moedas virtuais, sendo *bitcoins* as mais populares. O conteúdo do sistema não necessariamente é retirado dos computadores, mas os dados são codificados para impedir o acesso dos usuários a eles. O caos estará estabelecido a partir daí.

Essas poucas, mas assombrosas, menções a tais riscos obrigam que tenham atitudes mais ousadas e ágeis diante dos riscos cibernéticos que cada vez mais nos cercam. É urgente conscientizar todos os colaboradores, em todos os níveis, da importância de uma vigilante atuação ao receber e abrir e-mails de remetentes desconhecidos ou que contenham links e arquivos anexos que minimamente pareçam de algum modo suspeitos.

Determinados mecanismos de segurança já são praticados por parte das instituições, mas somente com o comprometimento de todos, numa verdadeira revolução cultural, para combater os riscos de ataques cibernéticos, é que se alcançará um ambiente reforçado contra essas ameaças. Não é demais dizer que a palavra “segurança plena” não mais poderá ser empregada neste ambiente. As ameaças são constantes, internas e externas, e trocaríamos segurança por vigilância permanente.

4. A busca da proteção. Cautela nunca é demais

Alguns recursos, se bem utilizados e atualizados periodicamente, podem prevenir a incidência dos ataques ou seus efeitos. Apenas exemplificativamente, podemos citar a criptografia de dispositivos

tecnológicos, testes permanentes de *phishing*, melhoria do controle de spam, dupla autenticação de senhas, troca permanente de senhas, utilização de senhas alfanuméricas e com símbolos, controles rigorosos do acesso a aplicativos e firmware, restrição de downloads de aplicativos ou programas não validados pela área de controle competente.

Assim, no meio bancário são adotados os tokens físicos, senhas duplas, leitor de impressões digitais ou das veias das palmas da mão: tudo para dar maior segurança aos usuários e ao próprio sistema bancário contra as fraudes e ameaças cibernéticas. Os estudos para o uso de múltiplas tecnologias para biometria, que vão desde a identificação de voz até o reconhecimento facial, já se encontram em fase avançada.

E por falar em área de controle, a quem caberá tal missão? A nosso ver, este desafio deve ser encarado de modo multidisciplinar ou em multiáreas. Da mesma forma que todos os colaboradores precisam praticar a cultura de mitigação de riscos, todas as áreas das empresas ou instituições devem estar comprometidas com tal trabalho. Assim, várias áreas ou departamentos precisar estar alinhados no combater ao ciber risco, não apenas as áreas de tecnologia, como também as típicas de governança, de compliance, controles internos, auditoria. É preciso, mesmo, estabelecer um programa de cibersegurança, em que tais áreas promovam educação e conscientização na segurança de softwares, gestão de risco, segurança de redes, monitoramento de acessos e uso destas, com foco também, já que é inevitável e não exauriente, como já dissemos, em mecanismos de continuidade do negócio e recuperação de desastres, com um PCN (Plano de Continuidade de Negócios) bem estruturado, validado e em permanente atualização.

Dentre mecanismos e medidas de segurança, algumas empresas já adotam orientação para que seus colaboradores, quando permitidos a levar seus próprios dispositivos (tablets, smartphones) ao trabalho ou acessarem assuntos corporativos nestes, o façam por meio de acesso protegido, ou VPN (*Virtual Private Network*), quando acessarem uma rede pública.

Outra prática de segurança, fundamental, como já se disse, é a realização de treinamentos e instituição de uma cultura sobre os riscos de acessar redes públicas gratuitas apenas por meio de uma

VPN, criando assim uma conexão segura e criptografada, em que os dados transitam como que dentro de um túnel de proteção para o servidor da empresa. O uso da VPN irá cifrar os dados em tráfego, mesmo que o colaborador esteja conectado em rede não confiável. Dados colhidos em pesquisa da empresa Avast, especializada em serviços de proteção para redes e sistemas, indicam que mais da metade dos brasileiros se conectavam a wi-fi pública, mas menos de 7% utilizavam uma VPN ou um servidor seguro para proteger seus dados.

Realmente, o ambiente e práticas nocivas, por desconhecimento ou negligência, tornam o ambiente virtual ainda mais hostil e propício a golpes.

Chegou-se ao extremo de constatar que o temor de danos e prejuízos causados por um ataque cibernético tem maior relevância para os executivos e gestores das empresas do que ataques terroristas propriamente ditos ou com catástrofes naturais. Não se pode deixar de mencionar o escândalo causado pelas revelações de que a empresa Cambridge Analytica usou a rede social Facebook para analisar hábitos e de certo modo manipular eleitores norte-americanos, o que levou o seu CEO Mark Zuckerberg a assumir, perante o Congresso dos Estados Unidos, as falhas de proteção de dados armazenados pelo Facebook.

5. O Seguro contra Riscos Cibernéticos

Neste cenário, o Seguro para riscos cibernéticos desponta-se com mais uma ferramenta para melhor gestão dos riscos das mais diversas atividades. Mas não nos apressemos em imaginar que o Seguro seja neste ou em qualquer caso uma “bala de prata”. O seguro contra Riscos Cibernéticos tem características bem peculiares que precisam ser bem compreendidas pelos contratantes e público em geral. Ele será uma ferramenta valiosa, o que estará apoiada em diversas providências e condutas prévias do Segurado.

O risco cibernético existe, e não há como pensar em uma proteção absoluta contra ele. Todo esforço no sentido de identificar, rastrear, adotar ações necessárias para mitigar as ameaças cibernéticas deve ser feito independentemente da contratação de uma apólice de seguro contra riscos cibernéticos. Neste sentido, é preciso que o contratante esteja bem assessorado pelo Corretor de Seguros de sua confiança

e que conheça e tenha ampla capacitação técnica para a contratação do seguro. Também chamado de “seguro de Responsabilidade Cibernética (Cyber)”, tem como objetivo proteger as empresas quanto aos impactos financeiros e patrimoniais em casos de reclamação de terceiros por danos que sejam de responsabilidade civil segurado na administração de dados de terceiros. As principais e mais comuns coberturas oferecidas pelo mercado segurador nas apólices de seguro contra riscos cibernéticos são:

- Interrupção do negócio

Pagamento de valores compensatórios, dentro dos limites previamente estabelecidos nas apólices, pela paralização das atividades da empresa segurada e consequentes perdas.

- Demandas de extorsão cibernética

Custeio do pagamento ou de reembolso de valores, nos casos previstos e expressamente autorizados, para obter a liberação dos dados sequestrados.

- Responsabilidade por Dados Pessoais e Corporativos:

Abrange indenizações que o Segurado seja obrigado a pagar, em razão da divulgação pública de dados privados que estão sob custódia da sociedade e de dados corporativos de um terceiro (orçamentos, listas de clientes, planos de marketing, etc), ou informações profissionais de um terceiro que estejam sob custódia do segurado e sejam confidenciais.

- Responsabilidade pela Segurança de Dados, que por erro ou omissão do Segurado, resulte em:

- a) Contaminação de dados de terceiro por software não autorizado ou código malicioso (vírus);

- b) Negação de acesso inadequada para o acesso de um terceiro autorizado aos dados;

- c) Roubo ou furto de código de acesso nas instalações do Segurado ou via sistema de computador;

- d) Destruição, modificação, corrupção e eliminação de dados armazenados em qualquer sistema de computador;

e) Roubo ou furto físico de hardware da empresa por um terceiro;

f) Divulgação de dados devido a uma violação de segurança de dados.

- Responsabilidade por Empresas Terceirizadas

Para situações em que ocorra a violação de informação pessoal que resulte em uma reclamação contra uma empresa terceirizada pelo processamento ou coleta de dados pessoais em nome do Segurado e pelos quais o mesmo é responsável.

- Custos de Defesa

Honorários advocatícios e custas judiciais incorridos exclusivamente da defesa ou recurso de um procedimento civil, regulatório, administrativo ou criminal.

- Investigação

Os honorários, custos e gastos razoáveis em que o Segurado venha a incorrer para o assessoramento legal e a representação relacionados a uma investigação.

- Sanções Administrativas

As Sanções Administrativas que o Segurado seja obrigado a pagar relacionadas a uma investigação.

- Restituição de Imagem da Sociedade e Pessoal

Custos e despesas para mitigar os danos à reputação, em consequência de uma reclamação coberta pela apólice.

- Notificação e Monitoramento

Custos incorridos para a notificação de uma violação de dados aos usuários.

- Dados Eletrônicos

Na hipótese de uma “Violação de Dados de Segurança”, estarão cobertos os custos para determinar se os dados eletrônicos podem ser ou não restaurados, restabelecidos

ou recriados, e os custos para sua restauração, reestabelecimento ou recriação, quando possível.

Nas sempre precisas palavras de Patricia Peck Pinheiro, “independentemente de se ter um seguro ou não, o gerenciamento de riscos digitais passa necessariamente pelas seguintes etapas: a) adequação à legislação vigente aplicável em toda a cadeia de negócio; b) revisão de contratos com fornecedores, parceiros, colaboradores e clientes; c) elaboração de novas minutas de contratos que tratem adequadamente das responsabilidades das partes quanto aos riscos digitais envolvidos, incluindo aplicação de cláusulas ou acordos de nível de serviço (SLA) e Plano de Continuidade de Negócios (PCN); d) implantação de políticas de segurança para o uso de ferramentas tecnológicas no trabalho; e) conscientização para construção de cultura interna na empresa de segurança da informação e proteção dos ativos intangíveis”². É preciso estar atento para as condições contratuais e custos das apólices que variarão em razão do perfil da empresa segurada, sua área de atuação e os limites que ela quer contratar. Uma empresa que atue no mercado financeiro e de crédito tem necessidades de cobertura bem distintas de um hospital ou de uma rede de restaurantes, por exemplo.

Com um crescente número de ataques cibernéticos - que cresceu quase 200% nos últimos anos -, num ambiente em que cerca de US\$ 3,75 bilhões em prejuízo decorrentes de golpes e fraudes, a partir de um método popular utilizado no Brasil, quando um malware foi capaz de falsificar boletos bancários, parece-nos impossível ficar inerte diante dos riscos e ameaças originárias de um ambiente virtual e tecnológico.

Um outro fator contribui, decisivamente, para que os seguros cibernéticos tenham tomado grande impulso recentemente. É que, com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, em sua sigla em inglês), empresas em todo o mundo passaram a se preocupar mais intensamente com as consequências de eventual vazamentos de dados por elas armazenados, ainda que o Regulamento reja dados de cidadãos europeus ou que lá residam, tanto pelo descumprimento das regras nele contidas, em se tem multas de elevados valores, quanto pela maior severidade dos danos

2- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 6ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504.

causados por tais vazamentos. Dados do Global Risks Report 2018, realizado pelo World Economic Forum (WEF) apontam para custos na ordem de US\$ 8 trilhões relativos a crimes cibernéticos cometidos contra empresas.

Outra interessante vantagem de se contratar apólices de seguros contra riscos cibernéticos é contar com uma regulação de sinistro feita em parceria com profissionais especializados, que poderão agir de forma mais rápida e profissional na mitigação dos efeitos dos danos resultantes da invasão ou sequestro de dados, buscando fazer cessar o quanto antes tais efeitos e prejuízos daí resultantes, como a paralização dos negócios da empresa segurada.

6. Cenário Regulatório Brasileiro

Quanto ao cenário regulatório e legal, finalmente temos no Brasil uma clara definição sobre o tema privacidade de dados. Além da previsão constitucional, esculpida nos termos do artigo 5º, incisos X e XII, a legislação específica, que somente entrará em vigor no início de 2020, após sua *vacatio legis*, necessita ser amplamente compreendida e regulada, de modo a torná-la instrumento eficiente para o combate e estabelecimento de contornos para as consequências das perdas advindas de invasões a bancos de dados pessoais.

Por certo que as Leis nºs 12.414/11 e 12.965/14 - esta última regulamentada em 2016 pelo Decreto nº 8.771 - mostraram-se necessárias naquele momento. Mas como dissemos, a maciça entensão de que ainda se mostravam inadequadas à proteção de dados pessoais. Com a promulgação da Lei nº 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil - que disciplina a proteção dos dados pessoais e define as situações em que estes podem ser coletados e tratados, tanto por empresas quanto pelos órgãos do Poder Público, o País tem, finalmente, um marco civil dos dados pessoais, com a definição de conceitos do que sejam dados pessoais, o que são dados anônimos, o que pode ser vendido, o que pode ser coletado e, claro, as sanções administrativas a que ficam sujeitos aqueles que infringirem os direitos assegurados na proposta de lei.

Como bem anotado por Danilo Doneda³, discorrendo sobre a necessidade de proteção jurídica a este patrimônio pessoal, os próprios dados pessoais, “o risco se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais; na eventualidade de estes dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular; em sua utilização por terceiros sem o conhecimento de seu titular”. Restou, todavia, postergado um ponto crucial para a efetiva proteção dos dados pessoais, no que pertine à criação de um órgão regulador e fiscalizador ou autoridade reguladora, a ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados, que terá vital relevância para garantir o respeito aos princípios e regras contida na LGPD, devendo emanar dela, como órgão normativo e fiscalizador, as diretrizes, regulação e forma de execução de tais normas e princípios tendentes à proteção de dados pessoais.

Felizmente, as iniciativas privadas são mais ágeis e melhor se adequam aos movimentos de evolução e de constantes mudanças quanto à segurança dos dados. Há notada movimentação no sentido de buscar maior segurança e proteção adequada, pelo caminho da autorregulação ou, ainda, por meio de construções corporativas internas, não obstante serem as ameaças, de que aqui tratamos, algo de controle impossível dada sua contínua e veloz evolução. O que de modo algum pode retirar dos protagonistas de todo este cenário a obrigação de melhor e de forma mais eficaz se proteger.

7. Conclusão

Como visto, embora em ambiente novo e desconhecido, já travamos constantes batalhas contra o cyber crime, sendo de todo necessário conscientizar o todo social dos riscos e responsabilidades decorrentes do uso das novas tecnologias, mediante o estabelecimento de premissas de segurança em todos os âmbitos, domésticos, pessoais e empresariais, de modo a mitigar os prejuízos que podem resultar de invasões, sequestros de dados e mal uso de dados pessoais.

O seguro de risco cibernético apresenta-se como ferramenta relevante para a consecução deste objetivo e, embora não evite a ocorrência dos crimes, pode amparar a vítima, sob a ótica econômica, e protegê-la contra os efeitos nocivos do risco. A Legislação mundial,

3- DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.v.2*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p.39.

e em especial a brasileira, corre contra o tempo para regular as relações jurídicas resultantes do armazenamento, tratamento e uso de dados pessoais, trazendo, mesmo que ainda de modo incipiente, alento e previsão de melhor relacionamento entre usuários, titulares e agentes de tratamento de dados.

8. Referências bibliográficas

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. v.2. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

GIL, Antonio Loureiro. *Fraudes informatizadas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Laura Shertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor; linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2014.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.





PARECER

Parecer Histórico

Prevenção e repressão da fraude no seguro

José Sollero Filho¹

Definição do Problema

1. Na preciosa tese com que concorreu à cátedra de direito penal, escrevia, em 1932, o eminente Nelson Hungria:

*“A fraude constitui, nos tempos modernos, o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento é um retardatário ou um fenômeno esporádico. O cangaceiro do sertão brasileiro, o brigante da Sardenha e o outlaw do Oeste norte-americano — são anacronismos, resíduos de barbaria. O expoente da improbidade operosa é hoje o **architectus fallaciarum**, o esboque, o burlão, o cavalheiro de indústria. Ao invés do assalto brutal e cruento, a blandícia vulpiana, o enredo sutil, a aranha urldidura, a trapaga, mistificação, o embuste. Não mais o latrocínio ou a rapina, mas o enlço, o futuro indireto, o estelionato. A mão armada evoluiu para o conto do vigário. O trabuco e o pumbal, que sublimavam o sinistro dilema ‘a bolsa ou a vida’, foram substituídos por um jogo de inteligência. O leão rompiente fez-se raposa matreira. Como dizem Ferrero e Sighele, ‘oggi colui che vuol vivere a spalle altrui senza lavorare, diventa truffatore e vive di imbrogli e di inganni, non di facilate e dirazzie’. O crescente intercâmbio das relações humanas trouxe a necessidade prática da confiança nas aparências; a boa fé tornou-se indispensável ao êxito e incremento das transações, de modo que os astutos e fraudulentos vivem atualmente no mundo dos negócios, como saltões dentro do queijo. Por outro lado, seguindo uma evolução fatal, a luta pela vida assume, cada vez mais, uma feição intelectual. A violência é um processo ingênuo e primitivo. Já não se coage a vítima escolhida: esta é espoliada como o corvo da fábula, ou tão habilmente iludida, que ela mesma é que, de bom grado, se desapossa da própria fazenda em proveito do embusteira. A violência deixa sinais, indiscretos e evidentes, oferece o perigo da reação da vítima, é escandalosa e alarmante. A fraude, ao contrário, vem dentro do anel de Gyges. Quase nunca se deixa identificar pela vítima, porque sabe tomar a cor da verdade, da inocência e da candura. E como o beijo de Judas ou o sorriso de Tartufo. É o Geryão de Dante, com*

1- Advogado especialista em direito do seguro; jurista; autor de várias obras e estudos sobre direito do seguro. Foi Procurador do Instituto de Resseguros do Brasil - IRB e Membro Honorário do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS. (+2003)

*‘.....faccia d’uom giusto,
Tanto benigna ave adi fuor la pelle,
E d’un serpente tutto l’altro fusto’.*
Não provoca o ‘adeste, commilitones!’, evita o alarde como o herói de Molière:
*Le mal n’est jamais que dans l’eclat qu’on fait,
Le scandale du monde este ce qui fait l’offense.’”*

Todo o segredo do seu êxito está precisamente na dissolução de si mesma, na industriosa homocromia passiva com que limita as intenções honestas, naquela falsidade de aparência com que a descrevem os versos de Ariosto:

*“Avea piacevol viso, abito onesto,
Un umil volger d’occhi, un andar grave,
Un parlar si benigno e si modest,
Che pareo Gabriel che dicesse: ave!
Era bruta e deforme in tuto il resto:
Ma nascondeo queste fattezze prave
Con lungo abito e largo...”*
(“Fraude Penal”, Rio de Janeiro, 1932 p. 5/8)

2. Modificados que são os tempos, recrudescida a violência para fins políticos, permanece de pé a multiforme fraude caracterizadora da criminalidade contra o patrimônio, e que pode ser definida como “o engano doloso ou o malicioso induzimento em erro, tendente à consecução ou facilitação de um fim ilícito” (ibd.)

3. No tocante ao seguro, como se manifesta a fraude e quais os meios de que dispomos para sua prevenção e repressão, é o que se tentará examinar neste trabalho.

A fraude no seguro

4. Vejamos algumas manifestações mais frequentes de fraudes dos segurados, sem preocupação de sermos completos, já que a discussão do trabalho na douda conferência é que poderá enriquecê-lo.

5. Bem conhecida forma de fraude reside na efetuação do seguro quando já ocorrido o sinistro ou prestes a ocorrer. É o que se verifica no tocante ao seguro de danos materiais no ramo automóvel; no seguro de crédito quando o garantido está às vésperas da falência ou na concordata; no seguro de riscos rodoviários quando há notícia de acidente; no seguro marítimo quando se suspeita da perda da embarcação ou mercadoria; no seguro incêndio em face de queimaduras ou motins que ameaçam o bem segurado, etc. No seguro de acidentes pessoais com a maior possibilidade de ameaças à incolumidade do segurado e no seguro de vida quando o segurado vem a conhecer a existência de moléstia grave. Variante do caso é a transferência de seguros e de verbas para o local do sinistro no não-segurado antes do incêndio.

6. Outra frequente manifestação de fraude reside na efetuação do seguro para provocação do sinistro. Há uma mudança da moda e encontra-se o segurado com grande encalhe; reduzidas foram as vendas de artigo de inverno e vem o verão, uma postura municipal – a construção de grandes obras, v.g. o “Metrô”, os viadutos – tornam inviável o estabelecimento comercial; o aperfeiçoamento da indústria torna obsoleta a existente; o reduzido capital não permite a sobrevivência da firma diante da pressão das concorrentes e a solução para o comerciante ou industrial desonesto é efetuar o seguro do estabelecimento e atear o fogo. Da mesma maneira quanto ao seguro de acidentes pessoais ou vida: a situação financeira desesperadora, a perda do “status” pelas ações cuja descoberta se faça iminente, levam a efetuar seguros que, de alguma forma, mitiguem o prejuízo trazido à família, mais de se salientar ainda porque o seguro não está sujeito a sequestro. Na casuística existente no Instituto de Resseguros há o doloroso caso de um tesoureiro de órgão público que efetuou grandes seguros, lançou-se ao mar, detonou um tiro de revólver na cabeça e, recolhido com vida, a primeira pessoa que mandou procurar foi o agente da seguradora local... Nesse item se põe ainda o que segura bens de valia e embarca outros, provocando logo após a queda do caminhão no acostamento ou sua colisão lateral com os barrancos e incêndio, o afundamento do navio, o “desaparecimento misterioso”, etc.

7. Outra forma de fraude consiste em aproveitar-se o segurado de um sinistro casual para haver – ou tentar haver – benefícios não previstos na apólice, ou bilhete de seguro. Aí, exemplificativamente, se tem a falsificação de livros e documentos para elevar os créditos ou estoques, aumentando as compras e diminuindo as vendas; os

demonstrativos e as alegações de perda de bens inexistentes no local do incêndio, em geral os mais valiosos; idem quanto ao estado de conservação do navio ou veículo segurado e sinistrado; a exageração das despesas de salvamento, da invalidez, das despesas médicas e hospitalares, etc.

8. Variante deste tipo encontra-se no aproveitamento do seguro para, através do sinistro, fazer desaparecer prova de outra fraude ou crime. O maior rigor fiscal no Brasil tem levado muitos segurados a atear fogo para fazer desaparecer livros de escrituração e documentos, objeto de exame das autoridades fiscais. Os desfalques, a falsidade de levantamento de estoques informados à auditoria de grandes empresas, e mesmo a ocultação de homicídios, tem determinado numerosos incêndios. Neste item se qualifica o “conto do pneu”, ora comum em São Paulo: os transportadores de valores alegam ter furado um pneumático do automóvel em que se locomoviam e que, enquanto trocavam a roda, “desapareceu” o valor transportado.

9. A definição legal do contrato de seguros repele todas estas formas de fraude e lhe impõe sanções severas. O ponto inicial reside em que o contrato de seguros é da mais estrita boa fé (cd. Civil, art. 1443), ou como diziam os antigos “*uberrimae fidei*”. Em consequência, vinculando-se o contrato ao ato ilícito do segurado, beneficiários ou prepostos, será ele nulo (ibd. Art.1436). Da mesma maneira, o segundo seguro, de má fé efetuado, anula o contrato (ibd. Art. 1438). A omissão de circunstâncias que possam influir na aceitação do seguro ou na taxa do prêmio determina a perda da indenização (ibd. 1444). Ocorrerá ainda a perda da indenização se o segurado infringir o pactuado na apólice, agravar os riscos ou deixar de comunicar o seu agravamento (ibd. Art. 1454 e 1455). E, por outro lado, no seguro marítimo, o seguro é nulo ou anulável nos casos previstos nos artigos 677 e 678 do Código Comercial.

10. Ainda constituem elementos de sólida defesa das seguradoras dois pontos mais. O primeiro reside no caráter indenizatório do seguro fixado nos arts. 1432, 1437 e 1438 do Código Civil e arts. 666 e 700 do Código Comercial. E o segundo ponto está em que a lei fixa, no art. 1460 do Código Civil, a limitação de responsabilidade do segurador ao risco assumido, que Clovis entende como “um dos cânones fundamentais do contrato de seguros” e Ruy Barbosa vê como “essencial à indústria dos seguros”. É diante da infração a este princípio de tão largo âmbito como o inciso 3 do art. 677 do

Código Comercial, estipulando a nulidade do seguro “sempre que se provar fraude ou falsidade de alguma das partes”, tem-se de entender que a lei estabelece pesadas sanções à infração do Contrato.

11. É nesta linha também que as apólices, esses “pequenos Códigos Comerciais”, como as chamava Vivante, estabelecem os princípios de defesa dos interesses das seguradoras no caso de infração contratual, procurando, antes de tudo, delimitar devidamente, particularizar, bem fixar os riscos assumidos. Estabelecem ainda a perda de direitos nos casos de fraude, dolo, reclamação excessiva, etc.

12. E certo é ainda que a fraude pode assumir tal feição que se enquadre em sanções penais. Assim, comete crime punível com um a cinco anos de reclusão quem “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização no valor do seguro” (Cod. Penal art. 171 n° V).

13. Como se vê, são enérgicas essas sanções civis ou penais, mas temos de reconhecer também que pouco eficazes tanto no tocante à prevenção como à repressão. Raros são os casos vitoriosos de recusa de pagamento de indenização com base nesses dispositivos e nas raríssimas condenações criminais. Destarte o descrédito de tais medidas legais, torna-se incentivo para a prática de fraude.

Prevenção e Repressão

14. Diante da situação real do Brasil, da impunidade assumindo foros legais, a solução está na prevenção da fraude e no esforço dos meios para obter essa efetiva repressão.

15. Prevenir casos de fraude exige, antes de tudo, uma seleção rigorosa do pessoal relacionado com as atividades de aceitação e de liquidação de sinistros.

16. Não há possibilidade de melhora dos resultados sem a recusa de cobertura a elementos, não direi envolvidos em sinistros ou atividades fraudulentas, mas simplesmente suspeitos. Os valores envolvidos são muito grandes e nenhuma companhia está obrigada a contratar pessoas em cuja boa fé não confia plenamente, ou que as condições do mercado tornam suspeitas, ou pelo menos que estejam agravados os riscos.

17. Por exemplo, parece que, no momento, as malharias estão atravessando séria crise e que concentram estoques de artigos de lã cada vez maiores e sem compradores. Seria necessária grande capacidade de *underwriter* para examinar cuidadosamente todos os seguros incêndios que nos venham a ser oferecidos nesse campo? E recusar os que nos pareçam inconvenientes? É sabido que o seguro de automóveis importados tem dado grandes prejuízos; a experiência de tal financeira não é boa; o seguro de responsabilidade civil de tal transportadora vem passando de mão em mão. Não deveria haver maior cuidado na aceitação de tais riscos? A prudência não exige sua recusa?

18. O argumento de que tais riscos são fortemente taxados e por isto são convenientes é erro bisonho. As taxas são suficientes para o número infinito de riscos, e não para poucos riscos que nos são oferecidos.

19. E no caso, todo o ganho possível na carteira pode se perder com um único sinistro que vai pesar sobre as nossas operações e não as de todo mercado, o qual, aliás, está também sujeito a desvios de probabilidade.

20. Desnecessário aqui apontar a necessidade de que o próprio pessoal da seguradora seja conivente na fraude. Quando sabemos que bombeiros têm provocado incêndios e que altas autoridades policiais – não aqui, mas na Inglaterra – já estiveram envolvidas em quadrilhas de incendiários e que nenhuma dificuldade existe para obtenção de laudos favoráveis de acidente de trânsito, pelo menos no interior, não há porque não se admitir a possibilidade de conivência de funcionários das seguradoras, e enfatizar-se a importância de cuidadosa seleção e de rigoroso controle respeito.

21. Não se fica aí. Muitas vezes os órgãos de aceitação de seguros estão mal informados. Recomendável seria se dispuséssemos de arquivo de riscos declináveis por estarem os segurados envolvidos ou serem fortemente suspeitos de estarem envolvidos em fraudes contra o seguro, ou atividades criminosas assemelhadas.

22. Mas talvez o ponto de origem da fraqueza dos seguradores resida em não admitirem, na hora da aceitação do seguro, a possibilidade da fraude. Ao tratarmos com determinados gerentes de seguradoras ou liquidadoras, a impressão que se fica é a de que inexistente fraude no seguro e que a figura penal é meramente

acauteladora. Não se sabe se tal posição é assumida por comodismo ou por falta de entendimento, mas o certo é que necessário se torna levar-se em conta tal insensibilidade para apreciação dos nossos auxiliares.

23. É lógico que a percepção das tendências do mercado, dos pontos perigosos do “comércio de riscos”, que caracteriza o seguro, não está ao alcance dos elementos que as seguradoras são obrigadas a se utilizar muito frequentemente. Mas é caso, então, de, através dos meios hoje disponíveis, providenciar-se o aperfeiçoamento desses auxiliares. Sem isso, no mercado de ganho mínimo em que nos encontramos, certos serão os prejuízos.

Nessa perspectiva, interessa ainda examinar a colaboração preciosíssima que os corretores podem prestar ao trabalho de *underwriter*. No contato direto com os interessados, podem eles – é lógico que os sérios, os capazes, os honestos que muitos são – esclarecer devidamente os segurados e verificada a boa fé com que agem, dar-lhes sua cooperação, retirando-a, porém, nos casos de má fé, fraude, falsidade. Agir em contrário seria com elas pactuar.

24. Certo, finalmente, é entender que a melhor prevenção reside na repressão. E já se disse que nada estimula mais o crime do que a impunidade do delinquente. E por que não ocorre tal punição com mais frequência?

25. Longos anos de prática forense levam-me a admitir que os maus resultados nos processos-crimes e civis decorrem de:

- a) falta de melhor acompanhamento dos aludidos feitos;
- b) falta de serviços adequados de investigação e esclarecimento;
- c) falta de cuidado – ou boa fé – nos esclarecimentos a segurados e autoridades do verdadeiro alcance do contrato.
- d) falta de adequamento da estrutura policial e judicial;
- e) falta de boa imagem dos seguradores em geral.

26. Não podemos negar que os inquéritos policiais, processos preliminares e ações não têm, com frequência, a necessária atenção das seguradoras e de seus patronos. Já tem ocorrido que seus douts

patronos, preocupados com a única demanda que têm em mão - e não a construção da jurisprudência ou os interesses gerais do seguro -, entendem conveniente defesa só válida a curto prazo. Em face do incêndio visivelmente propositado, seguradoras há que preferem enfraquecer a tese essencial, apegando-se meramente à recusa de pagamento por parte do Instituto de Resseguros do Brasil. E quantos advogados de seguradoras, lamentavelmente, nunca ouviram falar em cláusula de rateio, em limitação de responsabilidade de cada cosseguradora ao montante assumido em cosseguro e nada entendem de valor de novo? E o ponto nodal da equivalência a longo prazo entre a prestação do segurado e do segurador, quantos a conhecem? Jamais foram informados do alcance da cláusula “*all risks*”. Desconhecem as regras de Nova York e Antuérpia, na maioria dos casos... e assim por diante.

27. Não há como negar que absurdo é pensar em obter, hoje, advogados oniscientes! E nada impede que os órgãos técnicos das seguradoras lhes dêem a necessária assessoria para esclarecê-los e dar-lhes os argumentos baseados na mutualidade e no cálculo de probabilidades que lhes escapam em geral.

28. Certo é ainda não dispormos de órgãos de investigação de fraude no seguro, nem mesmo para o ramo incêndio. Nos Estados Unidos existe o N.B.F.U, um serviço de investigação mantido pelas seguradoras, que trabalha com grande eficiência em colaboração com a Polícia e com o F.B.I. Na França, junto à *Sociétés d'Assurances* e em Oslo, na *Norueges Brandkassen*, existem grupos de trabalho que prestam os mesmos serviços. No Brasil, de nada dispomos e o resultado é que os administradores, advogados e a própria polícia estão reduzidos aos seus próprios meios para a investigação.

29. Não se consegue resultados, ainda, porque a atuação dos seguradores junto aos segurados, muito frequentemente, deixa a desejar. Os segurados não são suficientemente esclarecidos sobre as limitações da cobertura e sobre as sanções aplicáveis a determinadas faltas. O argumento assaz usado - de que, se o segurado soubesse bem das condições contratuais, não efetuaria os contratos, - tem como consequência admitirem algumas decisões à fraude das seguradoras neste ponto e inaplicáveis ao segurado as sanções legais. Junte-se a isto o despreparo também dos juizes nessa matéria, o reduzidíssimo número de técnicos de que se possam valer, o despreço reinante quanto às Companhias de seguro, para se entender a grande

quantidade de decisões contrárias à seguradoras. E se verificarmos a situação do mercado apresentada ao Governo Federal em 1932, como publicado na benemérita “Revista de Seguros” e aqui apensada, vemos que pequeno foi o progresso...

30. As absolvições criminais também têm aí grande parte de suas origens. A desestima, frequente entre nós, em relação às seguradoras, decorrente de numerosas recusas de pagamento, principalmente em acidentes do trabalho, e que não são cotejadas com os numerosíssimos pagamentos efetuados; a desconfiança quanto à prova indiciária da fraude e quase sempre só desta se dispõe; a natural comiseração no tocante “às vítimas”, às vezes elementos de projeção da sociedade acusados de fraudes contra o seguro, é que explicam, em grande parte, o mau êxito dos processos criminais relativos à fraude contra o seguro.

31. Daí, à guisa de conclusão, e reparo final, só poderá haver sólida repressão à fraude no seguro e sua prevenção quando as próprias seguradoras dedicarem irrestrito cuidado ao seu bom nome, e dos seus diretores e auxiliares. Sem isto, em vão será seu esforço. As associações de seguradoras e as Comissões de Ética Profissional terão aí indispensável campo de trabalho. Porque das seguradoras, como da mulher casada, se pode dizer que nem a sombra lhes pode tisonar o bom nome.

Indicações de ordem prática

32. De ordem prática algumas indicações se poderiam fazer à guisa de conclusões:

a) Há necessidade de se melhorar a imagem das seguradoras no mercado brasileiro, não só através de campanhas de publicidade, mas pela ação dos órgãos de classe, inclusive e principalmente das Comissões de Ética.

b) Indispensável é o esclarecimento de magistrados, promotores e delegados de polícia sobre o seguro, a preocupação de acertar das seguradoras e do IRB, o montante das indenizações pagas e o ínfimo número de recusas de pagamento e de questões judiciais em curso. A melhor solução para isso talvez sejam os seminários intensivos de fins de semana.

c) A criação, conjuntamente com o IRB ou por este, de serviços especiais de investigação de fraude no seguro para,

em colaboração com a polícia e autoridades em geral, esclarecer suficientemente os sinistros duvidosos e preparar as defesas no caso de discussão judicial.

d) Criação de boletim interno ou pequena revista para documentação de jurisprudência favorável às seguradoras, investigações procedidas, experiências colhidas.

e) Organização de cursos de extensão nas faculdades de direito e escolas comerciais de alto nível, para esclarecimento da doutrina do seguro, criação de novos quadros de advogados, liquidadores, administradores.

f) Organização, ainda, de cursos extensivos para peritos policiais, liquidadores e delegados referentes à investigação de fraude no seguro e, em especial, no tocante ao ramo incêndio para repressão do incendiarismo.

g) Seleção e preparação imediata de elementos policiais para investigação de fraude e de elementos do Corpo de Bombeiros para coleta de informações ou preservação de fatos significativos que interessem a tais investigações.

h) Rigorosa seleção do pessoal das Companhias de seguro e, em especial, os relacionados com o trabalho de “*underwriter*” e de “*adjuster*”.

i) Organização de cadastro e arquivos de elementos relacionados com a fraude nos seguros condenados ou suspeitos e que tornem recomendável maior cautela na aceitação de riscos em que estejam envolvidos para informação reservada aos órgãos dirigentes de seguradoras.

O remédio, todo mundo o está vendo, consiste na punição de quem, se divorciando do direito e se desviando do reto caminho da honra, pratica tais atos; e a punição deverá atingir seja quem for o agente criminoso, esteja ele colocado na mais elevada hierarquia social.

O capitão não se encarrega mais dos fins comerciais da viagem. A sua função é puramente náutica. A carga, é contratada pelos agentes das companhias de navegação”.

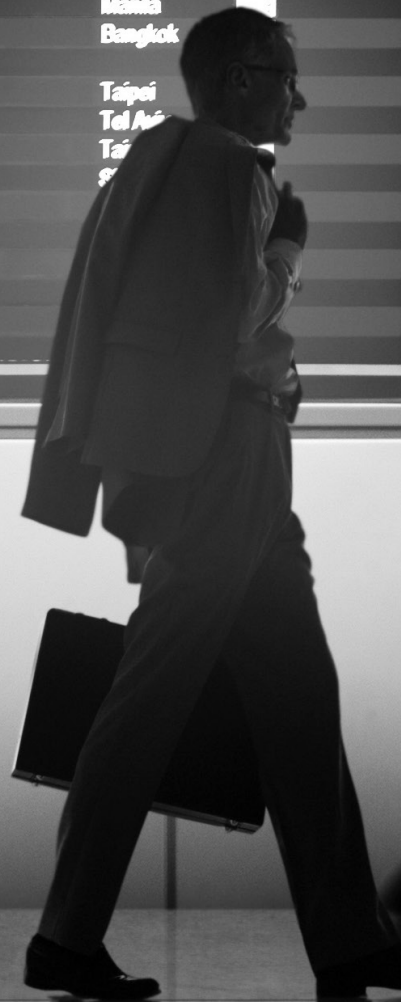
José Sollero Filho

Anais da 7ª Conferência Brasileira de Seguros

Outubro/1970

20:05	CI 642	Taipei		
20:05	A 895	Singapore		
20:10	Z 7431	Medan	Est	20:00
20:15	O 304	Beijing		
20:25		ShanghaiPVG		
20:30	K 696	Singapore		
20:30		Brisbane		
20:35	R 2965	Singapore	Est	21:15
20:40	Z 3090	Nanning		
20:40	A 889	Ho Chi Minh		
20:40	O 192	Tai Chung		
20:45		Mumbai		
20:45		Xiamen		
20:45	G 007	Bangkok		
20:50	D 3862	Bangkok		
20:55		Guangzhou		
20:55		Sydney		
21:00		Taipei		
21:00		Taipei		
21:00		Kuala Lumpur		0:55
21:00		London		

21:10	ShanghaiPVG			
21:20	ShanghaiPVG			
21:25	Hangzhou			
21:30	Taipei			
21:30	Sydney		Cancelled	
21:40	Kaochung			
21:40	Clark			
21:40	Xiamen			
21:50	Manila			
21:50	Manila			
21:55	Manila			
21:55	Kaochung			
22:00	Manila			
22:10	Bangkok			
22:15	Taipei			
22:15	Taipei			
22:20	Taipei			
22:25	Sydney			
22:25	Sydney			
22:40	Sydney			
22:45	Sydney			
22:45	Sydney			
22:45	Sydney			
22:50	Sydney			



23:00	Amsterdam
23:05	Paris
23:05	Istanbul
23:15	LondonLHR
23:15	Zurich
23:25	LondonLHR
23:30	Munich
23:35	Adelaide
23:40	Cairo
	Brisbane
23:40	Los Angeles
23:45	LondonLHR
23:45	Paris
23:45	Johannesburg
23:50	Johannesburg
23:55	Sydney
23:55	LondonLHR
23:55	Frankfurt
00:05	Rome
00:15	Amsterdam
00:25	Paris
00:30	Istanbul
00:30	LondonLHR

20:05	CI 642	Taipei	Est 20
20:05	A 885	Singapore	
20:10	Z 7431	Medan	
20:15	O 304	Beijing	
20:25	J 640	ShanghaiPVG	
20:30	K 686	Singapore	
20:30	E 887A	Brisbane	
20:35	R 2865	Singapore	Est 21
20:40	Z 3000	Nanning	
20:40	A 889	Ho Chi Minh	
20:40	O 182	Tai Chung	
20:45	M 872	Mumbai	
20:45	G 607	Xiamen	
20:45	G 607	Bangkok	
20:50	D 3882	Bangkok	
20:55	Y 438	Guangzhou	
20:55	E 887A	Sydney	
21:00	R 858	Taipei	
21:00	A 486	Taipei	
21:05	K 879	Kuala Lumpur	Est 20
21:05	X 107	Anchorage	

INTERNACIONAL

Em direção a uma Lei Contratual Securitária Europeia?*

Jürgen Basedow¹

Traduzido por Thiago Villela Junqueira²

Áreas do direito: Consumidor; Civil.

Resumo: O seguro é um negócio de grandes números. A eficiência aumenta na esteira do crescimento dos grupos de risco. O enquadramento legal do seguro deve, portanto, ser harmonizado além das fronteiras nacionais, e o mais amplamente possível. Isso explica os esforços realizados na União Europeia para aproximar o Direito de Supervisão e também o Direito dos Contratos de Seguros. O artigo descreve as tentativas feitas, desde a década de 1970, visando a este último objetivo; a harmonização de normas em conflitos que regem os contratos de seguros; as iniciativas acadêmicas para elaborar um Direito Europeu dos Contratos, incluindo os Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PEICL) e a mais recente iniciativa da Comissão Europeia para promover a harmonização do direito dos contratos de seguros na União Europeia. Ele destaca também os interesses envolvidos no processo político que está em andamento.

*O presente estudo resulta de reflexões feitas para apresentação no Rio de Janeiro ("Ciclo de conferências - A Responsabilidade Civil e os Seguros na Sociedade Pós-moderna", organizado pela Academia Brasileira de Direito Civil, em 24 de setembro de 2014), tendo sido publicado previamente em: BASEDOW, Jürgen. Em direção a uma lei contratual securitária europeia? Traduzido por Thiago Villela Junqueira. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 98, ano 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr., 2015.

1-Prof. Dr. Dr. h.c. mult., LL.M. na Universidade de Harvard. Diretor do Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado e Comparado. Professor da Universidade de Hamburgo, Alemanha.

2-Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Representante Europeu da Academia Brasileira de Direito Civil. Pesquisador convidado do Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado e Comparado de Hamburgo. Advogado.

Abstract: Insurance is a business of large numbers. Efficiency increases as risk pools are growing. The legal framework of insurance should therefore be harmonized across national borders to the widest extent possible. This explains the efforts made in the European Union to approximate supervisory law and also insurance contract law. The article outlines the attempts made in pursuance of the latter objective since the 1970s; the harmonisation of conflict rules governing insurance contracts; the academic initiatives to draft a European contract law including the Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) and the most recent initiative of the European Commission to promote harmonisation of insurance contract law in the EU. It also highlights interests involved in the political process that is now under way.

Palavras-chave: União Europeia - Lei de Contrato de seguro - Harmonização - Implantação - Instrumento opcional.

Keywords: European Union - Insurance Contract Law - Harmonization - Implementation - Optional instrument.

Sumário: 1. Antecedentes: a busca pelo mercado único de seguros. 1.1 Primeiras tentativas de harmonização. 1.2. O baixo nível das atividades securitárias transfronteiriças. 2. Um novo paradigma: Direito Contratual Europeu. uma iniciativa acadêmica. 3. Características principais dos PEICL: 3.1. Limitação à legislação obrigatória. 3.2. Proteção dos tomadores de seguros. 4. A iniciativa política. 5. O mandato do grupo de especialistas. 5.1. A tarefa específica do grupo de especialistas em seguros. 5.2. O exercício do mandato. 5.3. Análise não exaustiva de todos os impedimentos de mercado. 6. Os interesses envolvidos conforme espelhados pela composição do grupo de especialistas. 7. As constatações do relatório. 7.1. Regras de aplicação geral como obstáculos. 7.2. Seguro de vida. 7.3. Seguro de responsabilidade civil. 8. Conclusão.

Em janeiro de 2013, a Comissão Europeia constituiu o Grupo de Especialistas em Direito Contratual Securitário Europeu da Comissão³. A tarefa desse Grupo era “auxiliar a Comissão a analisar se as diferenças nas legislações contratuais representam um obstáculo ao comércio transfronteiriço de produtos securitários” e “identificar as áreas de seguros com probabilidade de serem particularmente afetadas por tais obstáculos”⁴. Essa decisão e o relatório desse Grupo de Especialistas, que foi finalizado em janeiro de 2014 e publicado no site da Comissão Europeia em fevereiro de 2014⁵, sinalizam um

3- Diário Oficial da União Europeia (OJ) 2013 C 16/6.

4- Ver o art. 2 da Decisão, nota de rodapé 3.

5- *Final Report of the Commission Expert Group on Insurance Contract Law* (2014), publicado no site da Comissão Europeia: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/insurance/final_report.pdf.

passo adicional em um desenvolvimento que pode, em última análise, conduzir à adoção de uma Lei Contratual Securitária Europeia. Aonde quer que eles levem, esse desenvolvimento é indubitavelmente da maior significância para o setor de seguros e para os usuários de seus produtos na União Europeia (EU) e possivelmente alhures. Embora não se esperem mudanças fundamentais nos próximos um ou dois anos, um Congresso Internacional como esse também deve levar em conta a perspectiva de longo prazo do mercado como um todo. É por isso que o tópico foi inserido na sua agenda.

O presente artigo principiará com os antecedentes da legislação da UE sobre o Mercado Único de Seguros (infra, 3) para fomentar a conscientização da natureza gradativa e de longo prazo da mudança que está em andamento. A Parte 2 delineará a ascensão da presente iniciativa a partir de um novo paradigma, isto é, o movimento em direção a uma lei contratual europeia promovido por grupos de acadêmicos trabalhando em vários campos, inclusive no de direito contratual securitário. A Parte 3 lançará alguma luz no trabalho realizado no campo do direito contratual securitário, que resultou nos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (*Principles of European Insurance Contract Law* - PEICL). As seções seguintes do trabalho analisarão o surgimento de uma iniciativa política (infra, 4), o mandato do Grupo de Especialistas (infra, 5) e os interesses envolvidos dos diversos participantes do mercado, como refletido pela composição do Grupo (infra, 6). Serão abordadas então as constatações do relatório (infra, 7), antes de finalmente se esboçarem algumas conclusões para desenvolvimento futuro.

1. Antecedentes: a busca pelo mercado único de seguros

1.1. Primeiras tentativas de harmonização

As primeiras tentativas de harmonização do direito contratual securitário nacional remontam à década de 1970. Documentos estratégicos iniciais da Comissão Europeia para a implantação do Mercado Comum de Seguros não somente estipulavam medidas no que tange a legislação supervisora, mas também continham algumas medidas de harmonização de direito contratual securitário. Já em 1971, a Comissão distinguiu “grandes riscos” (*large risks*) de um lado e “riscos de massa” (*mass risks*) e “seguro obrigatório” (*compulsory insurance*) de outro lado. No que respeita a grandes riscos, inclusive seguro marítimo e seguro de transporte, a Comissão sugeriu a livre

escolha do direito aplicável pelas partes, o que propiciaria opções adicionais aos seguradores e seus clientes, intensificando assim a concorrência.

Em contraste, a livre escolha do direito aplicável foi excluída, por razões de proteção dos tomadores de seguros, com relação a riscos de massa. Nessa área, a Comissão considerou as regras obrigatórias de direito contratual securitário nacional como impedimento ao Mercado Comum e vislumbrou a harmonização do direito contratual securitário substantivo por meio de uma Diretiva⁶. Destarte, a Comissão apresentou uma proposta para tal Diretiva em 1979, que foi aditada em 1980. Confinada a riscos de massa, ela estipulava a aproximação das legislações nacionais com relação a alguns aspectos do contrato de seguro, particularmente as declarações pré-contratuais dos tomadores de seguros, o agravamento e redução do risco, a falta de pagamento do prêmio, a mitigação de danos, o dever de declaração e cooperação dos segurados na ocorrência do sinistro, e a extinção do vínculo contratual⁷.

Essa proposta fracassou por diversas razões. Ao invés de aproximar as legislações contratuais securitárias substantivas, a Comunidade finalmente harmonizou as regras de conflitos relativas ao direito contratual securitário. Elas atualmente estão contidas no art. 7 do Regulamento Roma I sobre o Direito aplicável a obrigações contratuais⁸. O artigo em questão distingue contratos relativos a riscos situados na União Europeia daqueles referentes a riscos situados em países terceiros. No que tange a grandes riscos intra-UE, o parágrafo 2 permite a livre escolha do direito aplicável. Para riscos de massa situados na UE, as partes somente têm permissão para escolher o direito aplicável em raras situações; em geral, o

6- Um documento inicial da Comissão foi publicado em alemão: *Arbeitsdokument für die Arbeitsgruppe Direktversicherungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Generaldirektion Binnenmarkt und Rechtsangleichung, Direktion Banken, Versicherung, Gesellschaftsrecht, XIV/C-1, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1972, 101-127 (110-112).*

7- A proposta para uma Diretiva do Conselho sobre a coordenação de legislações, regulamentos e disposições administrativas relativas a contratos de seguros (versão aditada) foi apresentada em 30 de dezembro de 1980, OJ 1980 C 355/30.

8- Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre o direito aplicável a obrigações contratuais (Roma I), OJ 2008 L 177/6.

direito aplicável é determinado pela localização do risco que, na maioria dos casos, está no Estado-Membro de residência habitual do tomador do seguro. No entanto, quando o direito nacional desse Estado-Membro conceder maior liberdade de escolha do direito aplicável, as partes podem fazer uso de tal liberdade; conforme o art. 7, parágrafo 3, subparágrafo 2 do citado Regulamento. Esse é o caso, por exemplo, na Itália⁹ e na Áustria¹⁰, mas não na Alemanha¹¹. Essas regras de conflitos também se aplicam a seguros obrigatórios. Mas contratos de seguro celebrados sob o alicerce de um dever de segurar também têm que cumprir as “disposições específicas” estabelecidas pelo Estado-Membro que impõe tal dever, conforme o art. 7, parágrafo 4 (a). Tal Estado-Membro pode mesmo determinar que o contrato de seguro como um todo seja regido pelo seu próprio direito, conforme o art. 7, parágrafo 4 (b).

1.2. O baixo nível das atividades securitárias transfronteiriças

Negócios de seguros transfronteiriços conduzidos sob a liberdade para prestar serviços ainda são pouco desenvolvidos. No que diz respeito à Área Econômica Europeia, isto é, a União mais a Islândia, Liechtenstein e Noruega, a receita total em prêmios adquiridos por seguradoras por meio de filiais em outros Estados-Membros ou diretamente transfronteiras em 2007 representou não mais do que 4,3% dos prêmios brutos de toda a Área Econômica Europeia. Se for descontado o prêmio recebido por meio de filiais, apenas pouco mais de 3% dos prêmios brutos na Área Econômica Europeia foram ganhos por meio de atividades transfronteiriças ao amparo da liberdade para prestar serviços. Isso inclui tanto grandes riscos quanto riscos de massa. A maior parte dessas receitas de prêmios foi adquirida por seguradoras estabelecidas na Irlanda, Liechtenstein e Luxemburgo. Nesses países, a receita interna de prêmios foi inferior a 50%, ou – no caso de Liechtenstein – até mesmo inferior a 10% da receita total de prêmios no respectivo Estado¹². Pode ser inferido com

9- Cfr. o art. 180, parágrafo 2, e o art. 181, parágrafo 2 do *Codice delle assicurazioni*.

10- Cfr. o § 35 da IPRG (Lei de direito internacional privado).

11- Dieter Martiny. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, 5th ed., München 2010, Artikel 7 Rom I-VO, para. 32.

12- Ver a Avaliação de Impacto anexa ao Livro Branco sobre Planos de Garantia de Seguros, nº 2.4 e tabela 68 (atividade de seguros total exportada em 2007, prêmios brutos emitidos). O acesso a esse documento não numerado da SEC é feito por meio do site da DG *Market* da Comissão Europeia: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/consumer/guarantee_schemes/index_en.htm.

base nesses dados que os empreendimentos securitários estabelecidos nestes últimos países direcionam suas atividades comerciais inteira ou principalmente a mercados estrangeiros. Muitos deles são empresas afiliadas de seguradoras sediadas nos Estados-Membros maiores.

2. Um novo paradigma: Direito Contratual Europeu – uma iniciativa acadêmica

Os dados estatísticos mostram que o esforço para implementar o mercado único de seguros por meio da harmonização do direito internacional privado fracassou¹³. Com base nessa conclusão, uma nova iniciativa acadêmica para um direito contratual securitário comum europeu teve início no final dos anos noventa. Um grupo de pesquisas do Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado e Comparado de Hamburgo empenhou-se para realizar uma avaliação comparada abrangente da legislação contratual securitária existente, que foi publicada em três volumes em 2002 e 2003¹⁴. Ademais, um grupo de acadêmicos europeus foi convocado por Fritz Reichert-Facilides, da Universidade de Innsbruck, Áustria, em 1999. Designado como *Project Group: Restatement of European Insurance Contract Law* (Grupo de Projeto: Consolidação do Direito Contratual Securitário Europeu), o grupo visava a uma harmonização legislativa posterior, por meio de uma Diretiva Europeia¹⁵. Foi apenas a partir de 2003 que a ideia de uma Diretiva de harmonização foi gradativamente substituída pelo novo conceito de um instrumento opcional¹⁶. De acordo com esse conceito, um futuro ato legislativo da União Europeia deveria criar uma lei contratual securitária ao lado das leis nacionais subsistentes, sendo que ela seria aplicada apenas quando as partes no contrato de seguro assim acordassem.

Desde o princípio, o *Restatement Group* esteve em contato próximo com outros grupos de acadêmicos europeus trabalhando no

13- Isso já foi exposto muito claramente por Fritz Reichert-Facilides, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht?*, in *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen 1998, 119-134, em especial 131.

14- Jürgen Basedow/Till Fock, eds., *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, vol. I-III, Tübingen 2002-2003.

15- Ver o site <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement> com mais informações sobre o Grupo.

16- Jürgen Basedow, *Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act*, *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly* 2003, 498-507.

Direito Europeu dos Contratos. Iniciado em 1980, o pioneiro grupo presidido pelo professor dinamarquês *Ole Lando* havia empreendido a elaboração dos Princípios de Direito Contratual Europeu, que foram publicados em 2000 e 2003¹⁷. Da mesma forma que a Comissão de Direito Contratual Europeu, que produziu esses Princípios, o *Restatement Group* elaborou o seu próprio trabalho no modelo de consolidações das leis adotado pelo *American Law Institute*. Consequentemente, os Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PEICL), que foram finalmente publicados em 2009, contêm princípios redigidos de maneira semelhante a diplomas legais, comentários explicando tais princípios e observações comparativas ligando os princípios às correspondentes regras dos Estados-Membros da União Europeia¹⁸.

De 2005 a 2008, o *Restatement Group* recebeu algum apoio financeiro da Comissão Europeia, que havia estabelecido uma rede de grupos acadêmicos encarregados de preparar um projeto de um Quadro Comum de Referência (*Common Frame of Reference* - CFR)¹⁹. No entanto, o conceito obscuro de CFR não vinculativo foi rejeitado pelo Grupo de Seguros que, em vez disso, estruturou os PEICL sob a forma de um instrumento opcional²⁰. Consequentemente, os PEICL foram publicados separadamente do Projeto de CFR. Os PEICL publicados em 2009 lidam essencialmente das regras de direito contratual securitário que são aplicáveis a todas as classes de seguros. Após 2009, o Grupo continuou a trabalhar em alguns setores específicos, quais sejam, seguros de vida, seguros de responsabilidade civil e seguros de grupo, sendo que uma segunda versão dos PEICL incluindo princípios adicionais sobre tais questões será publicada em breve.

17- Ole Lando/Hugh Beale, eds., *Principles of European Contract Law*, parts 1 and 2, The Hague 2000; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann, eds., *Principles of European Contract Law*, part 3, The Hague, 2003.

18- Jürgen Basedow/John Birds/Malcolme Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss, eds., *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), Munich, 2009.

19- Christian von Bar/Eric Clive, eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference* (DCFR), vol. 1-6, Munich, 2009.

20- Ver Jürgen Basedow, Der Gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, 280-287.

3. Características principais dos PEICL

A versão final dos PEICL terá mais de 110 artigos e não pode nem mesmo ser esboçada aqui. Mas algumas características principais podem transmitir uma certa impressão.

3.1. Limitação à legislação obrigatória

O pano de fundo dos PEICL é a tendência geral na legislação nacional dos Estados-Membros da UE de conter normas mínimas obrigatórias em favor do tomador do seguro. Essa tendência, num primeiro olhar, parece diferir do Direito brasileiro. O capítulo XV do Código Civil Brasileiro, que se refere aos seguros, parece ser essencialmente dispositivo. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), embora estabeleça regras obrigatórias, não aborda de forma pormenorizada os contratos de seguros, sendo que algumas das suas disposições podem ser genéricas demais para proteger efetivamente os segurados. E, apesar de existir supervisão prudencial de instituições financeiras, o seu impacto em contratos específicos não está muito claro²¹.

Retornando ao contexto europeu, atualmente há legislação obrigatória específica relativa ao direito contratual em vigor em quase todos os Estados-Membros da UE, no que diz respeito a seguros feitos com consumidor, inclusive no Reino Unido²². Mas as normas obrigatórias mínimas diferem de país a país, dificultando e onerando assim a subscrição transfronteiriça. A abordagem dos PEICL está limitada à elaboração de regras obrigatórias, não contendo disposições totalmente derogáveis.

Nem todos os tomadores de seguros precisam de proteção obrigatória. Alguns estão cientes dos riscos contratuais, e outros desfrutam da assessoria de corretores ou têm poder de barganha suficiente para ajudar-se a si próprios. Mas onde a linha deve ser desenhada? Apenas os consumidores carecem de proteção? Um fazendeiro contratando um seguro contra incêndio para a casa da fazenda ou um clínico geral adquirindo um seguro de responsabilidade

21 - A impressão transmitida no texto baseia-se no relatório nacional brasileiro ao XVIII^o International Congress of Comparative Law, Washington, D.C. 2010, ver Priscila Mathias de Moraes Fichtner/Tomaz Tavares de Lyra/Marcela Levy, Brazil, In Helmut Heiss, ed., *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich, 2012, p. 117 - 144, em especial p. 132 - 136.

22 - *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act*, 2012 c. 6.

civil não estariam, com respeito à informação e poder de barganha, na mesma posição hipossuficiente do consumidor? Os PEICL seguem a legislação da UE em outras áreas²³. Eles distinguem os assim chamados grandes riscos e outros riscos – pequenos e médios. Grandes riscos são definidos pela classe do seguro, como, por exemplo, seguro marítimo e seguro de crédito, ou por certos limiares dos negócios do segurado: um total em balanço patrimonial de 6,2 milhões de euros, faturamento líquido de 12,8 milhões de euros, 250 funcionários. Quando os negócios superarem pelo menos dois desses critérios, seus riscos são considerados grandes riscos sujeitos à liberdade de contrato²⁴. Naturalmente, os critérios são arbitrários, mas têm o efeito pretendido de incluir as pequenas empresas e profissões liberais no âmbito protetivo da legislação obrigatória.

3.2. Proteção dos tomadores de seguros

Em comparação ao Código Civil Brasileiro, a obrigação de declaração pré-contratual de fatos relevantes é regulamentada pelos PEICL de maneira muito menos incisiva para o tomador do seguro. Ao amparo do art. 766 do Código Civil Brasileiro, parece esperar-se que o tomador saiba quais informações podem ser relevantes para a aceitação do risco pela seguradora e para o cálculo do prêmio. Quando ele não revela tais informações, perde a cobertura. Apesar de os tribunais muitas vezes interpretarem essa dura norma de uma maneira menos rigorosa, as suas provisões fazem surgir algumas dúvidas: como pode um tomador que não esteja no ramo de seguros adquirir o conhecimento referido? Pelo menos quanto aos seguros de massa, as seguradoras estabelecem suas tarifas com base em conhecimento preciso e de larga escala dos riscos-padrão. No caso do seguro contra incêndio, por exemplo, elas geralmente considerarão o uso de certos materiais de construção como relevante, ou a utilização de um edifício para atividades ligadas ao desencadear

23- Por exemplo, em direito internacional privado, ver o art. 7 (2) do Regulamento (UE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre o direito aplicável a obrigações contratuais (Roma I), OJ 2008 L 177/6.

24- Ver o art. 5(d) da Primeira Diretiva do Conselho (73/239/CEE) de 24 de julho de 1973 sobre a coordenação de legislações, regulamentos e disposições administrativas com relação ao empreendimento e consecução dos negócios de seguros diretos que não sejam seguros de vida, OJ 1973 L 228/3, conforme aditado.

de incêndios. E quanto à ampliação de uma instalação elétrica preexistente no edifício? Isso é relevante para o risco de incêndio? Talvez a seguradora pense que sim, mas como poderia o tomador do seguro saber? Os PEICL impõem o dever de declaração apenas com relação a circunstâncias das quais o candidato a tomador do seguro “tenha ou deva ter conhecimento e que sejam objeto de perguntas claras e precisas que lhe sejam formuladas por parte do segurador”, conforme o art. 2:101(1). A sanção pelo incumprimento negligente de tal dever não é a perda completa de cobertura, mas, em geral, uma redução proporcional do valor do seguro, a menos que a seguradora não houvesse celebrado o contrato mediante prêmio mais alto ou em termos diferentes, conforme o art. 2:102(5)²⁵.

Outro dispositivo severo do Código Civil Brasileiro trata do atraso no pagamento do prêmio pelo tomador do seguro. Nos moldes do art. 763, a cobertura é suspensa em caso de falta de pagamento. Quando o momento do pagamento é explicitado na apólice, a falta de pagamento no dia indicado será suficiente, sem aviso, ou seja, por força de lei, para constituir o segurado em mora, conforme o art. 397 do CC, com a consequente suspensão de cobertura. Nesse particular, o pagamento em atraso não tem qualquer efeito retroativo para sinistro ocorrido anteriormente²⁶. À luz do art. 5:102 dos PEICL, até pode ser acordada uma liberação contratual da seguradora das suas obrigações em caso de atraso de pagamento do prêmio. Contudo, tal cláusula será aplicada apenas após dois passos importantes haverem sido realizados: primeiro, uma fatura informando a data de pagamento e o valor exato do prêmio e, segundo, após o vencimento do pagamento do prêmio, um aviso concedendo um período de pagamento adicional de pelo menos duas semanas e notificando o segurado da suspensão imediata da cobertura caso o pagamento não seja realizado nesse prazo.

Uma terceira característica do direito contratual securitário moderno envolve a duração do contrato. As seguradoras tendem a estender o período contratual por vários anos e ao mesmo tempo se reservar o direito de modificar unilateralmente os termos do contrato ou de aumentar

25- Para uma avaliação crítica de alguns aspectos dessa regra, ver Christian Armbruester, PEICL – *The Project of a European Insurance Contract Law*, *Connecticut Insurance Law Journal* 20 (2013-14) 119 – 152, p. 130.

26- Embora os tribunais brasileiros aparentemente se sintam compelidos a suavizar o rigor desta regra, eles se desviam de uma disposição que é bastante clara neste ponto.

o prêmio. Por outro lado, os segurados querem ajustar a cobertura do seu seguro a mudanças das suas necessidades ou de condições de mercado a intervalos mais curtos. Em resposta a este último interesse, os legisladores reduziram gradativamente a duração máxima dos contratos de seguros. Embora o *Codice Civile* italiano de 1942 inicialmente ainda permitisse que o efeito vinculativo durasse dez anos, posteriormente as legislações europeias reduziram o máximo para cinco anos, três anos ou mesmo um ano. A Lei Finlandesa de Contratos de Seguros de 1997 permite que o segurado finalize o vínculo contratual a qualquer tempo. Refletindo esse desenvolvimento, os PEICL confinam a duração do contrato de seguro a um ano, permitindo exceções para seguros de pessoas e quando um período diferente é indicado pela natureza do risco, conforme o art. 2:601.

Os exemplos apresentados evidenciam o alto nível de proteção do tomador do seguro propiciado pelos PEICL. Esse objetivo resulta de numerosas leis nacionais de Estados-Membros da UE promulgadas desde os anos oitenta no campo do direito contratual securitário. Os Estados-Membros não aprovarão um instrumento que retroceda com relação aos seus próprios padrões nacionais de proteção ao tomador do seguro. Além disso, o mesmo objetivo é determinado pelo art. 114 (3) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU)²⁷, que um dia poderá servir de base legal para uma medida legislativa. Essa disposição exige que a Comissão vise, nas suas propostas, a um alto nível de proteção ao consumidor.

4. A iniciativa política

A Comissão Europeia publicou o seu primeiro documento consultivo sobre direito contratual em geral no ano de 2001²⁸. Quando a Comissão lançou a ideia de um *Common Frame of Reference* em 2004, especificou pela primeira vez o direito contratual securitário como parte desse tal CFR²⁹. Em 2010, quando os grupos acadêmicos haviam finalizado o seu projeto de CFR, a Comissão iniciou as consultas públicas sobre as opções políticas

27- *Treaty on the Functioning of the European Union*, versão consolidada no OJ 2012 C 326/47.

28- *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM (2001) 398 final, de 11 de julho de 2001.

29- *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, European Contract Law and the revision of the acquis: The way forward*, COM (2004) 651 final, anexo I, p. 16.

para uma futura lei contratual europeia³⁰. É digno de nota que a associação que congrega as seguradoras europeias, isto é, o *Comité Européen des Assurances*, que foi renomeado como *Insurance Europe* em 2012, aprovou expressamente a inclusão de uma Lei de Contrato de seguro Europeia facultativa na estrutura de um direito contratual europeu opcional³¹. O Parlamento Europeu, que havia reiteradamente propugnado pela adoção de uma Lei Contratual Europeia, novamente postulou, em uma resolução de 8 de junho de 2011, que o direito contratual securitário fosse integrado em um futuro instrumento opcional relativo ao Direito Contratual Europeu³². Em outubro de 2011, a Comissão tomou uma primeira medida oficial no sentido de um procedimento legislativo, ao apresentar a Proposta de Regulamentação de uma Lei de Vendas Europeia Comum³³. Atualmente é difícil prever o desfecho final desse processo, que foi aprovado pelo Parlamento Europeu no verão de 2014, mas tem sido fortemente criticado por acadêmicos, grupos de interesses e Estados-Membros. Sem se deixar intimidar pela oposição enfrentada, a Comissão deu o passo seguinte em direção a uma Lei Contratual Europeia por meio da nomeação do Grupo de Especialistas mencionado no início.

5. O mandato do grupo de especialistas

5.1. A tarefa específica do grupo de especialistas em seguros

Como salientado anteriormente, o Grupo de Especialistas foi convocado para avaliar os efeitos consequentes de diferenças das

30- *Green Paper from the Commission on Policy Options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, COM (2010) 348 final, de 1º de julho de 2010; ver o comentário do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress towards a European Contract Law*, *RebelsZ* 75 (2011) 371-438.

31- Ver o documento de posicionamento do CEA, *Views on a European Contract Law for Consumers and Businesses* (SMC-LEG-11-051 de 30 de junho de 2011, página 2), no qual o CEA refere-se aos PEICL: embora tenham sido considerados “um bom ponto de partida”, também foram criticados pelas suas “falhas técnicas e pelo nível injustificado de proteção ao segurado”. O documento de posicionamento está reproduzido no site do *Insurance Europe*, em <http://www.insuranceeurope.eu/publications/position-papers> → *EU Single Market & Consumer Protection* → *Contract Law*.

32- *Policy Options for Progress towards a European Contract Law for Consumers and Businesses* – Resolução do Parlamento Europeu de 8 de junho de 2011, P7_TA (2011) 0262, parágrafo 25.

33- *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM (2011) 635 final, de 11 de outubro de 2011.

legislações contratuais securitárias nacionais relativas a atividades de seguros transfronteiriças³⁴. Deve-se sublinhar que esse mandato difere profundamente daquele do Grupo de Especialistas em direito contratual *geral* que a Comissão havia nomeado em 2010. O grupo de direito contratual geral havia sido convocado para “auxiliar a Comissão na elaboração de uma Proposta de Quadro de Referência Comum na área do direito contratual europeu...”³⁵. Em outras palavras, aquele grupo tinha que elaborar um texto normativo, um modelo para uma futura medida legislativa de direito contratual europeu. Em contraste, a tarefa do Grupo de Seguros era de natureza analítica, isto é, estava limitada aos efeitos no Mercado Interno de legislações contratuais nacionais divergentes. Também não cabia ao Grupo de Seguros recomendar uma dada apólice à Comissão ou delinear várias opções de apólices.

O mandato suscita uma série de perguntas. Primeiro, não está claro por que a Comissão Europeia convocou um Grupo de Especialistas para a avaliação de efeitos no mercado engendrados por legislações nacionais. Por mais de cinquenta anos e com relação a diversos mercados de produtos e serviços, a Comissão realizou tal avaliação sem consultar especialistas. Outrossim, a questão levantada pela Comissão concerne ao próprio âmago do Mercado Interno, ou seja, restrições produzidas por legislações nacionais às liberdades fundamentais, particularmente à liberdade de prestar serviços. É uma questão de direito se regras nacionais constituem tal restrição. O Tribunal de Justiça Europeu tem decidido com frequência essa questão a respeito de muitos mercados, sem nunca consultar os grupos de interesses envolvidos ou quaisquer outros especialistas. O mandato é de fato surpreendente. Pode-se apenas especular quanto à motivação da Comissão para conferir tal tarefa a um grupo de especialistas. Uma possível razão poderiam ser diferenças de opinião entre diversas Diretorias Gerais da Comissão; outra, a intenção de deixar os múltiplos grupos de interesses familiarizados com o projeto antes do início dos debates sobre o teor da futura legislação.

5.2. O exercício do mandato

Uma segunda questão refere-se ao exercício do mandato. A Comissão está procurando “obstáculos” derivados de diferenças em

34- Ver a nota de rodapé 3.

35- *Commission Decision of 26 April 2010 setting up the Expert Group on a Common Frame of Reference in the area of European Contract Law*, OJ 2010 L 105/109, ver o art. 2.

legislações contratuais ao “comércio transfronteiriço de produtos de seguros”. Mas o que são obstáculos? O termo poderia ser interpretado como estando restrito às regras nacionais que criam barreiras *absolutas* à exportação e importação de produtos de seguros. Entretanto, poderia também ser entendido como abrangendo regras nacionais que meramente tornam mais oneroso ou de outra forma dificultam o comércio transfronteiriço de produtos de seguros. A versão em língua alemã do mandato usa o termo *erschweren*, esclarecendo assim que esta última é a alternativa pretendida. Isso também está em sintonia com a jurisprudência pacificada do Tribunal de Justiça Europeu relativa à liberdade de prestação de serviços. Como o Tribunal tem reiteradamente sustentado, tal liberdade “exige... a abolição de qualquer restrição, mesmo que se aplique sem distinção a prestadores de serviços nacionais e àqueles de outros Estados-Membros, suscetível de proibir, impedir ou *tornar menos vantajosas* as atividades de um prestador de serviços estabelecido em outro Estado-Membro no qual legalmente preste serviços similares”³⁶.

Em terceiro lugar, o termo “comércio transfronteiriço de produtos de seguros” não está inteiramente claro. De uma perspectiva comercial, isso incluiria não apenas transações entre uma seguradora e um tomador do seguro residente em outro Estado-Membro ao abrigo da liberdade de prestação de serviços, mas também todas as atividades lançadas por uma seguradora por meio de subsidiárias e filiais constituídas em um estado anfitrião em tal país ao amparo da liberdade de estabelecimento. Contratos celebrados em situações deste último tipo são de natureza semi-nacional. Todavia, a despeito de o relatório do Grupo de Especialistas ter inicialmente abordado ambos os tipos de situações³⁷, subsequentemente concentrou-se em contratos transfronteiriços celebrados com espeque na liberdade de prestação de serviços.

5.3. Análise não exaustiva de todos os impedimentos de mercado

Tendo em vista a avaliação dos efeitos no mercado pretendida pela Comissão, insta ressaltar que o mandato não exige uma

36- *ITC Innovative Technology Center GmbH v. Bundesagentur für Arbeit*, Processo C-208/05, [2007] ECR I-213, parágrafo 55 (destaque no original), com muitas referências adicionais.

37- *Final report of the Commission Expert Group* (supra referido na nota de rodapé 5), parágrafo 11.

análise exaustiva de todas as razões para o baixo nível de atividades securitárias transfronteiriças. Naturalmente, há muitas outras razões além do direito contratual. Algumas delas são econômicas, outras de natureza social ou cultural, como, por exemplo, diferenças entre idiomas, integridade de pagamentos, inclinação a fraudes, níveis de preços dos diversos Estados-Membros etc. Obstáculos adicionais são causados por outras diferenças legais além do direito contratual: assim, relacionam-se à tributação, regulamentação prudencial, leis de lavagem de dinheiro, regulamentação de testes genéticos, leis antidiscriminação, mecanismos de solução alternativa de litígios ou, com respeito a seguros de responsabilidade automobilística, ao registro de veículos.

Uma análise abrangente de todos esses obstáculos exigiria mais especialização do que as dos advogados e teria demorado muito mais tempo. Dessa forma, a limitação do mandato foi razoável. No entanto, ela teve um efeito indesejado sobre os debates do Grupo de Especialistas. Claro que os membros estavam cientes da possibilidade de uma futura Lei Contratual Securitária Europeia. Os PEICL, sem nunca terem sido mencionados, estavam de alguma forma pairando sobre os debates. Na medida em que os membros rejeitaram uma futura iniciativa europeia nesse campo, indicaram reiteradamente obstáculos de mercado em vez de direito contratual e minimizaram o efeito das diferenças das legislações contratuais sobre o mercado.

6. Os interesses envolvidos conforme espelhados pela composição do grupo de especialistas

Diferenças entre as leis securitárias sinalizam uma divergência no equilíbrio dos interesses de fornecedores e usuários de serviços de seguros nos diversos Estados-Membros. Mas, como mostrado pelo mandato do Grupo de Especialistas, elas podem, sob certas condições, ser consideradas como obstáculos a atividades transfronteiriças, isto é, como ferramentas de segmentação de mercado. Portanto, qualquer alteração regulatória não é apenas relevante para o equilíbrio de interesses entre seguradora e tomador do seguro no caso individual, mas também pode afetar estruturas de mercado existentes. Isso explica o interesse particular dos agentes do mercado em participar e impactar no trabalho preparatório. A Comissão havia nomeado não menos de treze dos vinte membros do Grupo de Especialistas como representantes de grupos de interesses, enquanto que os outros sete membros foram nomeados *ad personam*. Sob observação mais

atenta, oito categorias diferentes de interesses envolvidos podem ser identificadas, quatro no lado das seguradoras, três no lado dos segurados, e uma no dos intermediários. Nem todos esses interesses estavam efetivamente representados no Grupo de Especialistas.

1) No lado das seguradoras, as de grandes riscos estavam representadas pela *Lloyds Market Association*. Ela pôde limitar-se essencialmente ao papel de observador, dada a possibilidade de livre escolha do direito aplicável. Uma vez que as partes contratantes em seguros de grandes riscos estão autorizadas a evitar restrições em potencial de qualquer legislação contratual nacional por meio da escolha do direito aplicável, diferenças em direito contratual não constituem restrições para a subscrição transfronteiriça.

2) Com relação às seguradoras de riscos de massa, pelo menos cinco associações nacionais de seguros – isto é, da França, Alemanha, Itália, Países Baixos e Espanha – e sua associação coletiva *Insurance Europe*, estavam representadas no Grupo de Especialistas. Elas não contribuíram com praticamente nenhuma informação sobre obstáculos resultantes de legislação contratual, embora tais diferenças representem problemas graves no campo dos seguros de massa. A *Insurance Europe*, ao contrário do seu predecessor, o *Comité Européen des Assurances*, parece rejeitar qualquer iniciativa da UE nesse campo, ao passo que algumas das associações nacionais expressaram um ponto de vista ambíguo, com o cuidado de não fechar a porta a novos desenvolvimentos. Aparentemente, muitas ou mesmo a maioria das seguradoras europeias consideram a perspectiva de um futuro instrumento opcional não como habilitando-as a estender seus próprios negócios além-fronteiras, mas, ao invés disso, como uma ameaça aos seus mercados domésticos existentes. Elas parecem temer que os grandes grupos seguradores internacionais possam fazer uso do instrumento opcional para enfrentar as empresas titulares nos seus mercados nacionais de seguros. Por consequência, as associações das seguradoras estavam ansiosas por minimizar os efeitos de divergências de legislação contratual sobre o mercado, na esperança de poderem de alguma forma privar a Comissão da UE de um argumento para iniciativas legislativas posteriores.

3) Um posicionamento mais positivo foi assumido pelo assessor jurídico sênior da *Standard Life*, a única grande seguradora interessada em negócios internacionais de seguros que estava representada no Grupo de Especialistas. Foi surpreendente que nenhuma outra grande

companhia de seguros internacional nem a recentemente fundada associação dessas grandes seguradoras, o *European Insurance Forum*, estivessem presentes.

4) Também poder-se-ia lamentar a ausência de seguradoras de pequenos Estados-Membros, como a Irlanda, Liechtenstein ou Luxemburgo, que se concentram ou até mesmo preponderantemente subsistem em negócios transfronteiriços³⁸. Elas nitidamente favorecem uma iniciativa europeia para um direito contratual comum que reduziria os custos de subscrição transfronteiras³⁹.

5) No lado dos tomados de seguros é preciso distinguir clientes profissionais ou comerciais de consumidores. O grupo de usuários profissionais ou comerciais de serviços de seguros é bastante heterogêneo, abrangendo advogados ou arquitetos interessados em seguro de responsabilidade civil profissional, ou construtores com demanda por seguros de construção. Esse grupo heterogêneo estava representado pelo *Council of European Bars (CCBE)*, pela *European Association of Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME)* e pela *Law Society of England and Wales*. Para esses e outros ofícios e profissões, a disponibilidade de cobertura de seguro frequentemente é pré-condição indispensável para as suas próprias atividades internacionais. Enquanto o *Bar Council* indicou alguns impedimentos relativos a direito contratual no seguro de responsabilidade civil profissional transfronteiriço, a *Law Society* empenhou-se em minimizar o componente de direito contratual de todos os tipos de obstáculos, dessa forma tornando clara a sua aversão a uma iniciativa da UE nessa área.

6) Os interesses dos consumidores estavam representados pela associação coletiva da UE (*BEUC*). Mas logo ficou evidente que essa organização somente apoiava a causa daqueles consumidores imóveis que compram cobertura em casa e definitivamente não estão interessados em seguro transfronteiriço.

38- Ver a nota de rodapé 12.

39- Em 31 de janeiro de 2014 a autoridade fiscalizadora do Principado de Liechtenstein organizou uma conferência em Schaan/Liechtenstein sobre o assunto: “*The model of a European Insurance Contract Law*”. Nessa ocasião, o presidente do setor de seguros, Dr. Alexander Imhof, relatou os resultados de uma pesquisa entre as mais de 30 seguradoras do país e concluiu: “A unificação do direito contratual securitário em nível europeu deve ser bem recebida”. Os slides dessa apresentação estão nos arquivos do autor.

7) O grupo crescente de consumidores migrantes não estava representado pelo *BEUC*. Esse grupo inclui, por exemplo, comutadores transfronteiras que têm acesso a dois mercados de seguros todos os dias, um no seu local de trabalho e o outro na sua residência habitual. Também há milhares de consumidores “euromóveis”, que passam alguns anos em Bruxelas, alguns anos em Londres e alguns anos em Barcelona. Atualmente muitos deles são compelidos, após cada mudança para outro Estado-Membro, a adquirir cobertura de uma seguradora local, frequentemente com prêmio mais alto. Um outro subgrupo de consumidores migrantes consiste de aposentados que se mudam para Estado-Membro diverso com o intuito de passar seus últimos anos, por exemplo, na Espanha. Aos setenta anos de idade, quando recebem o dinheiro de um seguro de vida regido pela legislação irlandesa e contratado com uma companhia irlandesa muitos anos antes, quando ainda residiam no Reino Unido, eles podem ter dificuldades para reinvestir a soma em um plano de pensão com a mesma empresa. Finalmente, a expansão distribuição de apólices de seguro padronizadas pela Internet⁴⁰ suscita a questão de por que deveria limitar-se ao mercado doméstico da seguradora.

8) Os intermediários estavam representados pela associação coletiva europeia *BIPAR*. Eles também são um grupo deveras heterogêneo. Muitos estão vinculados com exclusividade a uma única seguradora e, portanto, compartilharam os interesses dessa empresa, outros, em especial as corretoras maiores, reagem à demanda de usuários selecionando dentre a linha de ofertas no mercado de seguros a mais adequada às necessidades do cliente, independentemente de a oferta ser feita por uma seguradora nacional ou estrangeira. Esses intermediários estão interessados na expansão da oferta no mercado de seguros por meio da possibilidade de seguros transfronteiras. Dessarte, os comentários do *BIPAR* foram ambíguos.

Em última análise, pode ser dito que a maioria dos grupos de interesse representados no Grupo de Especialistas enxergava uma iniciativa europeia no campo de contratos de seguros com ceticismo.

40- Um exemplo é proporcionado pela empresa alemã *HUK24 AG*, uma empresa do Grupo *HUK Coburg*, constituída no ano 2000 que vende suas apólices exclusivamente pela Internet. O relatório anual do exercício 2012 informa um número total de 3,4 milhões de apólices, com taxa de crescimento de 7,4% em comparação com o exercício anterior; ver o site: <http://www.huk.de>→Unternehmen→Daten&Fakten→Geschäftsberichte der Einzelgesellschaften→HUK24 AG.

Consequentemente, eles tentaram negar efeitos no mercado relativos às diferenças de legislação contratual securitária e se esforçaram para atrasar e desviar as deliberações do Grupo de Especialistas. Por outro lado, nem todos os interesses favorecendo a iniciativa europeia no campo estavam representados no Grupo.

7. As constatações do relatório

7.1. Regras de aplicação geral como obstáculos

O Grupo de Especialistas concordou que a proteção transfronteiriça da cobertura de seguro para *grandes* riscos raramente encontra obstáculos derivados do direito contratual. Conforme enfatizado anteriormente⁴¹, as partes estão livres para escolher a legislação contratual aplicável. Como corolário, a legislação contratual nacional não pode ser considerada uma restrição às liberdades fundamentais, exceto pelas disposições que sejam caracterizadas como derogando disposições obrigatórias sob a ótica do art. 9 do Regulamento Roma I.

Por conseguinte, o relatório trata principalmente de seguros de riscos de massa e seguros obrigatórios. A tal respeito, também não foi contestado que o baixo nível de seguros transfronteiriços é devido a múltiplos fatores e que a divergência de legislações contratuais nacionais é apenas um desses fatores que, dependendo da classe do seguro e da relação com o país em questão, podem ser de menor ou maior significância. É óbvio, por exemplo, que o idioma não representa problemas na relação entre a Irlanda e o Reino Unido, entre Chipre e a Grécia, entre a França e a Bélgica ou entre a Alemanha e a Áustria. Também está claro que diferenças de tributação são essencialmente relevantes para seguros de vida. Vários Estados-Membros incentivam o investimento privado em produtos para a terceira idade por meio da concessão de benefícios fiscais para contratos de seguros de vida com características específicas estabelecidas nas legislações fiscais. Não há barreiras comparáveis a seguros transfronteiriços em outros setores, como, por exemplo, no de seguros de responsabilidade civil.

As deliberações do Grupo de Especialistas sempre focaram a situação de uma seguradora que houvesse concebido um tipo específico de apólice de conformidade com a sua legislação de origem e agora desejasse distribuir a mesma apólice não apenas no seu país de origem, mas também em um ou vários outros Estados-

41 - Ver as seções 1.2 e 6 no ponto 1.

Membros. Dado o caráter geral dos negócios de seguros, a legislação contratual nacional que havia servido de base para a concepção da apólice determina não somente os direitos e obrigações no contrato de seguro individual, mas também os custos da seguradora relativos a alguns aspectos comerciais: 1) A comercialização de contratos, particularmente por meio das informações a serem fornecidas e da sintonia fina nas perguntas que podem ser feitas aos proponentes; 2) Consequentemente, o treinamento de intermediários de seguros e o ajuste da tecnologia da informação para a administração de contratos; 3) O funcionamento de *call centers* e de departamentos de regulação de sinistros, assim como de departamentos jurídicos.

O Grupo de Especialistas concordou que as vendas de tais produtos a tomadores de seguros estrangeiros exigem adaptações dos contratos, bem como de diversos elementos relacionados aos negócios de seguros, o que invariavelmente causará o aumento de custos. O relatório destaca esses efeitos em relação a algumas regras que são aplicáveis a todos os setores de seguros. Quando as seguradoras desejarem vender além-fronteiras, a necessidade de adaptar as regras do país de acolhimento sobre informações pré-contratuais e deveres de declaração, formalidades de contratação, medidas cautelares, duração e renovação de apólices e controle da abusividade de cláusulas contratuais têm impacto no aumento de custos dos negócios da seguradora.

7.2. Seguro de vida

Em matéria de seguro de vida, o relatório refere-se à grande variedade de formas e funções desse produto. Não é apenas uma ferramenta para a política social de Estados-Membros que desejem assegurar produtos para a terceira idade às suas respectivas populações. Outros tipos de seguros de vida destinam-se ao sustento financeiro dos dependentes sobreviventes da pessoa em risco. Ainda outros servem como garantias de empréstimos e em outras transações comerciais. As assim chamadas apólices vinculadas unitárias atraem investidores, uma vez que são muito similares a instrumentos financeiros. Os deveres de informação e aconselhamento impostos por alguns Estados-Membros, nesta instância, lembram os dos mercados de capitais, visto que estão em sintonia com a legislação de seguros em outros. Tais divergências foram consideradas significativas para seguros transfronteiriços.

O mesmo se aplica a diferenças entre legislações nacionais relativas ao cálculo de valores de resgate. Dessemelhanças em outros pontos

foram consideradas como tendo o efeito de aumentar a insegurança jurídica, a complexidade e de aumentar os custos de atividades transfronteiriças. Isso se refere ao período de retirada, às consequências de um cancelamento do contrato, à elaboração de questionários, em especial quanto à legalidade de certas questões relativas a atributos íntimos da pessoa em risco, ao pagamento do prêmio e do valor segurado e ao término do contrato.

Referências ao recente caso *Endress* do Tribunal de Justiça Europeu podem ser sugestivas: de acordo com o parágrafo 5^a da versão antiga da Lei Alemã de Contratos de Seguros, a falha da seguradora em fornecer as informações exigidas pelo consumidor e as informações relativas ao direito de retirada do consumidor, o mais tardar no momento da entrega do documento da apólice, conduz a uma prorrogação do período permitido para retirada, mas não além de um ano após o pagamento do primeiro prêmio. Entretanto, de acordo com o Tribunal de Justiça Europeu, a perda do direito de retirada após um ano é incompatível com a Diretiva subjacente da UE quando o segurado não houver sido informado desse seu direito⁴². Coube ao Tribunal Federal Alemão determinar as consequências desse julgamento. O Tribunal Federal decidiu que o direito de retirada não expira nunca em casos de seguro de vida e análogos, e que o tomador do seguro que faz uso desse direito pode requerer o reembolso do prêmio pago mais juros, mesmo em casos nos quais o contrato em questão tenha sido celebrado muitos anos antes. Não obstante, o benefício que o segurado teve ao longo dos anos por meio da cobertura prometida pela seguradora tem que ser levado em conta no que se refere ao cálculo do reembolso⁴³. Conquanto isso tenha sido um duro golpe tanto para seguradoras nacionais quanto estrangeiras, estas últimas têm menor probabilidade de prever uma sanção tão severa ao amparo da legislação nacional e terão ainda mais receio de entrar no mercado alemão.

7.3. Seguro de responsabilidade civil

No que tange ao seguro de responsabilidade civil, o relatório aponta para alguns impedimentos a seguros transfronteiriços que

42- *Walter Endress v. Allianz Lebensversicherungs-AG*, caso C-209/12, acórdão de 19 de dezembro de 2013, ainda não relatado no ECR.

43- Bundesgerichtshof (BGH) 7 de maio de 2014 (IV ZR 76/11), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2014, 2646.

não estão relacionados à legislação contratual, mas sim às normas de responsabilidade divergentes, níveis de preços diferentes para reparos e outras medidas visando a regularizar um sinistro. No entanto, certas diferenças nas legislações contratuais também podem contribuir para a falta de disposição das seguradoras de entrar em mercados estrangeiros. Isso é particularmente verdadeiro para diferenças concernentes a seguros obrigatórios, para as regras de mitigação dos danos, envolvendo a cobertura de custas judiciais incorridas para a defesa do segurado e o lapso temporal de responsabilidade da seguradora.

Por exemplo, uma seguradora entrando no mercado francês de seguros de responsabilidade para contadores ou advogados pode desejar vender também na França a apólice de reclamações (*claims-made*) concebida para o seu mercado de origem. Essa seguradora terá que enfrentar as disposições francesas obrigatórias que estabelecem um período de notificação pós-contratual não inferior a dez anos⁴⁴, embora a apólice tenha sido idealizada para um mercado nacional onde a legislação não estipula um período de notificação tão extenso após a expiração do contrato. É despiendo mencionar que o período de notificação pós-contratual bastante generoso da legislação francesa distorce o cálculo da seguradora estrangeira baseado nas leis do seu país de origem. Independentemente de isso poder funcionar como um impedimento à entrada no mercado francês, o consenso geral é que tais diferenças ocasionam incertezas e custos de adaptação.

Quanto ao seguro de responsabilidade automobilística, que está parcialmente harmonizado na UE, divergências adicionais relativas à natureza compulsória de sistemas *bonus/malus*, o dever de aceitar riscos que a seguradora preferiria rejeitar e a apresentação de certas ofertas estandardizadas a proponentes representam problemas adicionais.

8. Conclusão

O relatório contendo as constatações acima foi finalmente aprovado por consenso, após discussões longas e cansativas. Em função disso, tais constatações não podem ser refutadas pelas associações comerciais interessadas. A própria Comissão, que tem que fazer a avaliação final, teria dificuldades para rejeitar as constatações do Grupo de Especialistas. Consequentemente, não pode haver dúvidas quanto à legitimidade da futura ação da UE, especificamente uma iniciativa legislativa no campo

44- Ver o art. L 124-5 conciliado com o art. R 124-2 do *Code des Assurances*.

do direito contratual securitário concebida para superar os obstáculos encontrados no mercado. E mais: tendo em linha de conta que a Comissão, conforme o art. 17 do Tratado da União Europeia, tem o dever de assegurar a aplicação dos Tratados, e uma vez que a União tem a obrigação de eliminar restrições às liberdades fundamentais e assim estabelecer o mercado interno de seguros de acordo com o art. 26 do TFEU, é forçoso concluir que a Comissão será agora compelida a sugerir legislação apropriada para superar as restrições apuradas no relatório final do Grupo de Especialistas.

Como próximo passo, a Comissão provavelmente iniciará consultas públicas relativas às medidas a serem tomadas agora. Assim, grupos de interesses europeus serão chamados a manifestarem seus pontos de vista quanto a uma futura lei contratual securitária europeia. Na comparação desse período precursor a uma legislação da UE a uma reforma legislativa nacional, uma complexidade muito maior emerge daquela. Isto em virtude de não se estar apenas lidando com interesses opostos de seguradoras e tomadores de seguros, como na legislação nacional. No nível da UE, constantemente temos que levar em conta os efeitos sobre o mercado da legislação privada obrigatória e das regras de conflitos do direito internacional privado.

A experiência do Grupo de Especialistas demonstrou que os interesses oposicionistas à iniciativa da UE estão bem organizados. Na verdade, grupos de interesses em ambos os lados do mercado parecem impulsionados por ambições protecionistas. Todavia, os interesses favorecendo a ação da UE ainda não constituíram porta-vozes de eficácia similar. Arriscam-se a não serem ouvidos no debate que está por vir. Especificamente as seguradoras que contemplam atividades transfronteiriças próprias devem aproveitar a oportunidade das consultas e abordar diretamente a Comissão, reivindicando medidas legislativas.

No presente momento, a União Europeia não está em situação particularmente boa. Alguns falam até mesmo em uma crise de integração europeia, e há Estados-Membros exigindo abertamente que a União devolva alguns poderes aos Estados-Membros. Este é o momento certo para considerar legislação adicional no nível da União em um campo do direito que até agora tem sido essencialmente deixado para os Estados-Membros? A União não deve seguir a máxima: *Principiis obsta* – obsta no princípio?

Podem se considerar tais preocupações infundadas. Em primeiro lugar, documentos estratégicos da Comissão, como o do ex-Comissário Mario Monti, recomendam instrumentos opcionais, não a harmonização plena⁴⁵. Em segundo, após modificações recentes da legislação contratual securitária em diversos Estados-Membros, os respectivos países não estariam dispostos a renunciar ao que foi atingido em extensas negociações há alguns anos atrás. Por fim, a Proposta de uma Lei de Vendas Europeia Comum mostra que a Comissão opta por instrumentos opcionais⁴⁶.

À luz dessas considerações, o receio de uma regulamentação excessivamente centralista é infundado. O oposto é verdadeiro: um instrumento europeu opcional amplia as opções disponíveis para os agentes do mercado. Ao invés de suprimir a liberdade de contratação, ampliaria as oportunidades de negócios à disposição de seguradoras e consumidores.

45- Ver Mario Monti, *A New Strategy for the Single Market: At the service of Europe's economy and society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso* (9 de maio de 2010) na p. 93, a ser encontrado no site da Comissão Europeia: http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf. Ver também o parecer emitido pelo Comitê Econômico e Social, *The 28th Regime: An alternative allowing less law-making at the Community level*. Doc INT/499 – CESE 758/2010 de 27 de maio de 2010.

46- Ver a nota de rodapé 33.





LEGISLAÇÃO

Responsabilização objetiva das pessoas naturais no âmbito da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)

Juliano Delesporte dos Santos Tunala¹

Resumo: Este artigo jurídico tem como base o estudo da responsabilização das pessoas naturais, ocupantes dos cargos de administração das sociedades reguladas pela SUSEP e busca compreender se, nos Processos Administrativos Sancionadores, é possível a punição de maneira objetiva, ou se é necessária a comprovação de dolo ou culpa, para imputação de responsabilidade em face dos administradores.

Abstract: This legal article is based on the study of the accountability of natural persons in management positions at companies under SUSEP's regulation, in order to understand whether it is possible, in the Sanctioning Administrative Procedures, to punish in an objective manner, or if it is necessary to prove fraud or guilt, to impute responsibility to the administrators.

Palavras-chave: Processo Administrativo Sancionador. Responsabilidade de Administradores. Princípio da Culpabilidade. SUSEP. CRSNSP.

Keywords: Sanctioning Administrative Procedures. Directors' Responsibility in Regulated Market. Accountability in the scope of Administrative Law. Superintendency of Private Insurance (SUSEP). Council of Appeal of the National Private Insurance System (CRSNSP).

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilização no âmbito do Direito Administrativo. 3. Responsabilidade dos Administradores no Mercado Regulado pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. 4. Conclusão.

1- Advogado, sócio do escritório Tunala e Delesporte Advogados. Especialista em Direito do Seguro pela Universidade de Salamanca Espanha. Pós Graduado em Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro Pela Escola Nacional de Seguros – Funenseg. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro da Associação Internacional de Direito do Seguro – AIDA Brasil.

1. Introdução

É notório que nos Processos Administrativos Sancionadores no âmbito da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP os administradores das sociedades por ela reguladas têm sofrido sanções sem que tenha havido a efetiva comprovação de conduta, ainda que em tais procedimentos a atuação da Autarquia Federal esteja estritamente relacionada à matéria penal.

Assim, constata-se que a SUSEP tem aplicado penalidades a tais administradores de forma objetiva, seja sem comprovar efetivamente a conduta praticada, seja com base na teoria da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*.

Cumpra esclarecer que, ao longo do presente trabalho, a expressão “administradores” faz referência a quaisquer das seguintes pessoas: titular de cargo ou de função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou conselheiro fiscal, contador, atuário, analista, gestor de ativos, auditor, gerente ou assemelhado, corretor responsável.

Feito esse esclarecimento, destaca-se que a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP nº 243/2011, cuja vigência se iniciou a partir do dia 06 de março de 2012 previa, originariamente, imposição penal de natureza objetiva, uma vez que o artigo 4º, §1º dispunha que a sanção de multa seria imputada somente ao agente responsável (pessoa natural), sendo que as pessoas jurídicas responderiam de forma solidária, exclusivamente quanto ao pagamento da multa.

Ocorre que esse cenário regulatório foi alterado a partir do advento da Resolução CNSP nº 293/2013, que, além de alterar o artigo 4º, §1º da Resolução CNSP nº 243/2011, acrescentou a ele o §1º-A e o §1º-B.

Artigo 4º -

(...)

“§ 1º A- Quando não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural, considera-se como agente responsável a sociedade supervisionada. (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*)”

Dessa forma, a alteração trazida pela Resolução CNSP nº 293/2013 possibilitou que a sanção no âmbito da SUSEP pudesse ser aplicada à pessoa natural ou à pessoa jurídica, indicando, entretanto, expressamente, que para haver punição à pessoa natural deveria restar provada a existência de dolo ou culpa, contemplando, portanto, a necessidade da comprovação da conduta, dolosa ou culposa, caracterizando assim a responsabilidade subjetiva.

Tal entendimento foi reforçado com a entrada em vigor da Resolução CNSP nº 331/2015, no dia 15 de dezembro de 2015, que alterou o artigo 2º, §5º da Resolução CNSP nº 243/2011, para exigir, de forma expressa, que a pessoa natural somente pudesse ser punida se houvesse concorrido para a prática da infração ou deixado de impedir a sua prática, quando poderia ter agido para evitá-la, respeitada à medida de sua culpabilidade.

Todavia, em que pese às aludidas alterações, observa-se que no âmbito da Autarquia tem-se punido pessoas naturais sem qualquer comprovação de conduta, fato que indica a aplicação da responsabilização objetiva ou, meramente, com respaldo em suposta culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, inerentes ao Direito Civil, o que tem gerado reservadas aflições ao mercado regulado pela SUSEP.

Dessa forma, diante do cenário apresentado, passa-se a analisar a possibilidade de se responsabilizar objetivamente os administradores das sociedades e entidades reguladas pela Superintendência de Seguros Privados, tema que será discorrido a seguir.

2. Responsabilização no âmbito do Direito Administrativo

Como regra geral, o ordenamento jurídico pátrio exige a comprovação de conduta (dolosa/culposa) para que haja responsabilização do agente, de modo que a culpabilidade é requisito da responsabilidade subjetiva. Somente em caráter excepcional, admite-se a responsabilidade objetiva, que independe da aferição de culpa ou dolo para ser imputada.

Constata-se a excepcionalidade pelo fato de a responsabilização de forma objetiva depender de expressa previsão contida em lei, conforme se observa pelo disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal/1988 e pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil/2002. Para que seja caracterizada a responsabilidade objetiva basta existir nexo causal entre a ação ou a omissão e o eventual dano causado, sem que para isso se analise o elemento subjetivo, qual seja a existência de dolo ou culpa elementos indispensáveis, para se caracterizar a responsabilidade subjetiva.

Frise-se que além de haver a necessária previsão expressa em lei para que se possa reconhecer a responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Administrativo, se faz necessário certificar-se de que a matéria não seja pertinente ao Direito Administrativo Sancionador.

Isso porque, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador o processo previamente instaurado pode culminar em penalidade aplicável ao responsável pela conduta infracional, de modo que por se tratar de sanções, recorre-se a institutos e princípios do Direito Penal, destacando-se aqui os princípios da individualização da pena, da culpabilidade e da intervenção mínima.

O princípio constitucional da individualização da pena é o que garante aos réus, no momento de uma condenação em um processo penal, que a sua pena seja individualizada, isto é, que serão consideradas as peculiaridades, individuais e circunstanciais, e serão aplicadas para cada caso em concreto, como por exemplo, a existência de alguma situação agravante ou atenuante.

O princípio da culpabilidade impõe ao aplicador da sanção o ônus *probandi*, o dever de provar, cabalmente, a efetiva existência de culpa, de modo a não restar quaisquer dúvidas quanto ao cometimento do ato infracional e quanto à responsabilização do agente. A culpa aqui abordada é em sentido *lato*, ou seja, contempla o dolo e a culpa em sentido *stricto*.

Por fim, o princípio da intervenção mínima (também conhecido como *ultima ratio*) indica que a intervenção do Direito Penal somente se legitima quando os demais ramos ou setores do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social, de modo que a Administração Pública somente estaria legitimada a intervir quando outros modos de proteção a bens jurídicos tutelados fracassarem. Assim, a sanção é medida subsidiária, devendo ser aplicada somente como última alternativa.

Com isso, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador a responsabilidade deve ser sempre subjetiva, com a obrigatoriedade de se comprovar o *animus* do agente (dolo) ou a atuação com negligência, imprudência e/ou imperícia (culpa em sentido *stricto*). Frise-se por oportuno que a punição pela culpa em sentido *stricto* depende de expressa previsão legal, tal qual ocorre com a necessidade de previsão para o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Cumpra salientar que especificamente nessa seara, a subjetividade se encontra atrelada ao Direito Penal, que possui a característica de ser *ultima ratio*, sendo certo que sanções não podem ser imputadas lastreadas na culpa *in vigilando* e na culpa *in eligendo*, que são institutos extraídos do Direito Civil e considerados no âmbito do Direito Administrativo Reparador.

Nesse diapasão, além da distinção da responsabilização objetiva e subjetiva, no Direito Administrativo faz-se necessário distinguir o Direito Administrativo Reparador e o Direito Administrativo Sancionador, sendo aquele atrelado ao Direito Civil e este atrelado ao Direito Penal.

Nesse sentido, corroborando com o até aqui exposto, vale mencionar um trecho do voto do ilustre Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 1.401.500/PR:

“Cabe esclarecer que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada. Todavia, os presentes autos tratam de questão diversa, a saber, a natureza da responsabilidade administrativa ambiental, bem como a demonstração de existência ou não de culpa, já que a controvérsia é referente ao cabimento ou não de multa administrativa. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.”

Destaca-se também o voto do ilustre ministro Mauro Campbell, no julgamento do REsp 1.251.697/PR:

“Pelo princípio da intranscendência das penas (art.5º, XLV, CF 88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. (...) Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (pela reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal ente conduta e dano.”

Considerando tais assertivas, bem como a manifestação cirúrgica dos ilustres Ministros, conclui-se que a análise do elemento conduta é indispensável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que a existência de ato infracional depende da intenção ou da comprovação de negligência, de imprudência e/ou de imperícia, não podendo, sob nenhuma hipótese, ser a infração imputada com supedâneo na responsabilidade objetiva ou com respaldo na culpa *in vigilando* e/ou na culpa *in eligendo* (consideradas apenas para reconhecimento de ilícito civil, na esfera do Direito Administrativo Reparador).

3. Responsabilidade dos Administradores no Mercado Regulado pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP

Acerca do assunto, inicialmente impende mencionar que a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP é uma Autarquia Federal que regula o mercado de seguros, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, dispondo de normativo sancionador próprio, elaborado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

No presente capítulo o enfoque será no Direito Administrativo Sancionador, já que a regulação realizada pela SUSEP implica em sanções, sendo que o objeto de estudo no presente caso é a responsabilização dos administradores das sociedades/entidades.

A norma de sanção que vigora no âmbito da Autarquia é a Resolução CNSP nº 243/2011. Merece destaque o fato de a aludida norma ter passado por alterações desde o início de sua vigência, o que será aqui explorado, a fim de analisar a responsabilidade dos administradores no mercado regulado pela SUSEP.

Quanto à responsabilização das pessoas naturais nesse mercado, originariamente o artigo 4º, §1º da Resolução CNSP nº 243/2011 dispunha que a sanção de multa seria imputada somente ao agente responsável (pessoa natural), sendo que as pessoas jurídicas responderiam de forma solidária. Com isso, inicialmente a norma em comento previa imposição penal de natureza objetiva, o que contrariava os postulados do Direito Administrativo Sancionador.

Isso porque, conforme já exposto, no Direito Administrativo Sancionador a responsabilidade não pode ser objetiva, haja vista que os princípios aplicáveis são os de Direito Penal, que exigem, portanto, a efetiva comprovação da intenção ou da verificação de negligência, a imprudência e/ou a imperícia.

Ao perceber essa impossibilidade de responsabilização objetiva, através da Resolução CNSP nº 293/2013, cuja vigência se iniciou no dia 06 de setembro de 2013, o legislador alterou o artigo 4º, §1º da Resolução CNSP nº 243/2011 e acrescentou a ele o §1º - A e o §1º - B, de modo que passou a vigorar da seguinte forma:

“Artigo 4º

(...)

§ 1º - A pena de multa será aplicada à pessoa natural ou jurídica responsável pela infração.

§ 1º - A - Quando não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural, considera-se como agente responsável à sociedade supervisionada. *(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)”*

Evidencia-se que a alteração passou a indicar de forma expressa que a punição à pessoa natural só poderia ocorrer se comprovada a existência de dolo ou culpa, contemplando, portanto, a necessidade da comprovação da conduta, dolosa ou culposa.

Nota-se com isso que a *mens legis* do legislador do CNSP foi justamente vincular a norma de sanção ao Direito Penal, de modo a exigir que a pessoa natural somente fosse punida caso comprovado o *animus* em cometer determinada infração ou comprovando-se ter sido negligente, imprudente ou imperita.

Portanto, notadamente ao adequar a norma de sanção da SUSEP aos preceitos do Direito Administrativo Sancionador, elidiu-se por completo a responsabilização objetiva das pessoas naturais. Inclusive, esse posicionamento foi exarado pelo Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Aberta e de Capitalização (CRSNSP), órgão responsável pelo julgamento, em última instância administrativa, dos recursos administrativos contra decisões condenatórias aplicadas pela SUSEP em processos sancionadores.

Cita-se aqui o voto proferido pela ilustre relatora na ocasião e atual Presidente do CRSNSP, Ana Maria Melo Netto Oliveira, no julgamento do **Recurso 6973** (processo SUSEP nº 15414.200344/2011-93), apreciado na 227ª Sessão:

*“Ao longo da instrução processual, todavia, a SUSEP não se desincumbiu da obrigação de apurar a conduta individual e responsabilidade subjetiva do acusado, não tendo produzido qualquer elemento que indique o comportamento do Diretor à época em que as irregularidades foram cometidas. Nos documentos contábeis da empresa juntados aos presentes autos, não consta qualquer assinatura do recorrente, nem indicativo de que lhe tenham sido submetidos ou por ele aprovados. Não se sabe nem mesmo se a aprovação de operações e contratos era de sua exclusiva responsabilidade, ou se competia a órgão colegiado, e ocorreu a sua revelia, ou com sua objeção. Vale dizer: a conduta individual do recorrente, no episódio das irregularidades cometidas pela companhia, não foi objeto de descrição ou verificação mínima pela SUSEP. Disso resulta que, ao imputar-lhe responsabilidade porque ocupava o cargo de Diretor responsável pela contabilidade no período em que irregularidades foram cometidas, a Autarquia incorre em **uma modalidade de responsabilidade objetiva em razão do cargo, o que não pode ser tolerado.**” (Grifo nosso).*

Impende destacar também o entendimento da Procuradoria Federal junto à SUSEP, que através do Parecer Nº 00147/2016/

SCADM/PFSUSEP/PGF/AGU da lavra do Dr. Luiz Fernando Barroso Pillar, respondeu o seguinte questionamento realizado pela diretoria de fiscalização da SUSEP:

“Tramitam inúmeros processos que tratam de infrações ocorridas no citado período (antes da vigência da resolução CNSP 293/2013), no bojo dos quais a responsabilidade foi imputada a pessoas naturais baseando-se unicamente na teoria da culpa in vigilando e in elegendo, combinada com a aplicação da Circular SUSEP 234/04 e normas de similar teor, na forma da NOTA/PF-SUSEP/SCADM/Nº178/14. É possível afirmar que tal forma de responsabilidade não é mais suficiente para demonstrar a culpabilidade do agente pessoa natural e conduzir sua condenação, sendo necessário, para proceder-se a tal responsabilização, que se disponha de outros elementos que demonstrem a efetiva atuação culposa ou dolosa desse agente?” (Grifo nosso).

A PF/SUSEP se manifestou assim:

“A resposta é positiva, uma vez que a apuração da culpabilidade deve se dar em cada caso concreto. Necessário frisar, contudo, que as condutas culposas, diferentemente das dolosas em que a intenção é necessária para sua caracterização, à culpa pode ser aferida mediante uma análise com a excelência e expertise do corpo técnico da SUSEP, dos elementos de fiscalização postos a sua disposição, pela apuração levada a efeito, informações/documentos que teve acesso.”

Essas manifestações corroboram a necessidade de a Autarquia comprovar expressamente a conduta dos administradores para que possam ser efetivamente punidos, elidindo por completo a possibilidade de serem responsabilizados objetivamente, inclusive afastando por completo a possibilidade de pessoas naturais serem punidas com base na teoria da culpa *in vigilando e in elegendo*.

Imperioso destacar que a entrada em vigor da Resolução CNSP nº 331/2015 (em 15 de dezembro de 2015) cancelou de forma expressa tal entendimento, tendo em vista que alterou o artigo 2º, §5º da Resolução CNSP nº 243/2011, exigindo que para haver punição à pessoa natural essa deve ter concorrido para a prática da infração ou ter deixado de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la, respeitada à medida de sua culpabilidade, conforme pode se observar (g.n):

“Artigo 2º -

(...)

§ 5º - Para efeito do disposto neste artigo, a Susep poderá considerar como agente responsável pela suposta infração, no caso de pessoa natural, **na medida de sua culpabilidade**, o titular de cargo ou função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou fiscal, contador, atuário, analista, gestor de ativos, auditor, gerente ou assemelhado, corretor responsável, bem como qualquer outro que, comprovadamente, concorra para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”(g.n.)

Novamente a *mens legis* foi aproximar a norma de sanção aos preceitos do Direito Penal, o que se observa com a expressão “*quando podia agir para evitá-la*”, nitidamente extraída do artigo 13, §2º do Código Penal, que dispõe que “*a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”.

Isso permite concluir ser notória a relação entre o Direito Penal e as normas de sanção emanadas pelo legislador do CNSP, que constituem matéria objeto do Direito Administrativo Sancionador.

Considerada essa veiculação, não poderia deixar de se traçar um paralelo com o conceito de conduta extraída do Código Penal, que em seu artigo 18 indica ser dolosa a conduta quando “*o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*” e culposa quando “*o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*”.

E considerando ser o normativo sancionador da SUSEP atrelado ao Direito Penal, tem-se que a verificação da conduta para imputação de infração deve seguir os conceitos desse ramo do direito. Desse modo, para se punir a pessoa natural no âmbito da Autarquia, **deve-se expressamente comprovar** (i) que o administrador quis o resultado, assumiu o risco de produzi-lo ou devia e podia agir para impedir o resultado; ou ainda (ii) que o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Nessa esteira de raciocínio, resta afastada a possibilidade de se punir a pessoa natural por suposta culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, que conforme se expôs, são hábeis a produzir efeitos somente na esfera

do ramo do Direito Civil. Sendo assim, para que a pessoa natural seja punida, a SUSEP deve analisar e comprovar a existência de conduta apta a gerar a infração imputada, uma vez que deve respeitar os preceitos do Direito Penal quando da aplicação de sanção.

Com isso, as penalidades aplicadas pela Autarquia aos administradores dependem obrigatoriamente da comprovação de **dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva)**, cujo conceito deve ser extraído do Código Penal, impedindo por completo a possibilidade de administradores serem punidos com respaldo na responsabilidade objetiva, bem como com base na culpa *in vigilando* e na culpa *in eligendo*.

4. Conclusão

Na prática observa-se que a SUSEP tem punido os administradores das sociedades reguladas sem a efetiva comprovação de que a infração foi cometida de forma dolosa ou culposa. E mais: tem punido as pessoas naturais com base em responsabilidade objetiva, ou com respaldo na teoria da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, que conforme se demonstrou, são aplicáveis apenas quando se trata de Direito Administrativo Reparador, em que se aplicam conceitos extraídos do Direito Civil, o que não é o caso.

No entanto, conforme se abordou, resta evidenciado que a punição meramente com base nesses pressupostos não merece prosperar, tendo em vista que os Processos Administrativos Sancionadores no âmbito da SUSEP devem se basear nos preceitos do Direito Penal. Com isso, para que os administradores das sociedades/entidades reguladas sejam punidos pela Autarquia, essa **deve comprovar claramente** que determinado agente cometeu a infração através de uma conduta dolosa ou culposa.

Ou seja, os administradores só podem ser punidos pela SUSEP se houver a **devida e efetiva comprovação de que quiseram o resultado**, assumiram o risco de produzi-lo ou deveriam e poderiam ter agido de forma a impedir o cometimento da infração, ou ainda na hipótese de os administradores cometerem eventual infração por imprudência, negligência ou imperícia, ressaltando que em qualquer hipótese a SUSEP deve cabalmente comprovar a existência da conduta.

Bibliografia

<http://fazenda.gov.br/orgaos/collegiados/crsnsp/acordaos-e-decisoes/227a-sessao-de-julgamento/recurso-6973-disponibilizado-no-site-em-27-05.2016/view>.

Parecer Nº 00147/2016/SCADM/PFSUSEP/PGF/AGU – Luis Fernando Barroso Pillar.

REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.04.2012.

REsp 1.401.500/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, 16/08/2016, DJe 13/09/2016.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, 2ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2009.

Resolução CNSP nº 243/2011.

Resolução CNSP nº 293/2013.

Resolução CNSP nº 331/2015.

Constituição (1988) - *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988.

Código Penal (1940) – *Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*, Rio de Janeiro, RJ: 1940.

Código Civil (2002) – *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*, Brasília, DF: Senado, 2002.

Violência, Sociedade e Seguro, as ações públicas e privadas para a diminuição da reincidência criminal

Maria da Gloria Faria¹

Resumo: Em meio a intenso debate sobre as medidas e propostas tanto governamentais como “eleitoreiras”, para a diminuição da violência e o resgate de razoável nível de segurança em todo o país, sobretudo, nas suas grandes metrópoles, foi publicado no último dia 24 de julho, o decreto Nº 9.450/2018, que instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, e veio propor medidas, para a reeducação e a ressocialização de presos e egressos. Dentre as iniciativas privadas destaca-se o Instituto Ação pela Paz – IAP, com ações se consolidando desde 2013, em projetos e parcerias, com o apoio e participação da CNSEG.

Abstract: In the midst of intense debate on measures and proposals both governmental and “electoral” for the reduction of violence and the return to the minimum state of security throughout the country, especially in its great metropolis, was published on July 24, Decree N. 9.450/2018, which instituted the National Labor Policy within the Prison System, that proposes measures for the reeducation and resocialization of prisoners and ex-prisoners. Among the private initiatives Instituto Ação Pela Paz – IAP - stands out with actions consolidated through projects and agreements, since 2013, in which CNseg takes part.

Palavras-chave: Política Nacional de Trabalho, sistema prisional, presos, egressos, ressocialização, iniciativa privada, convênio.

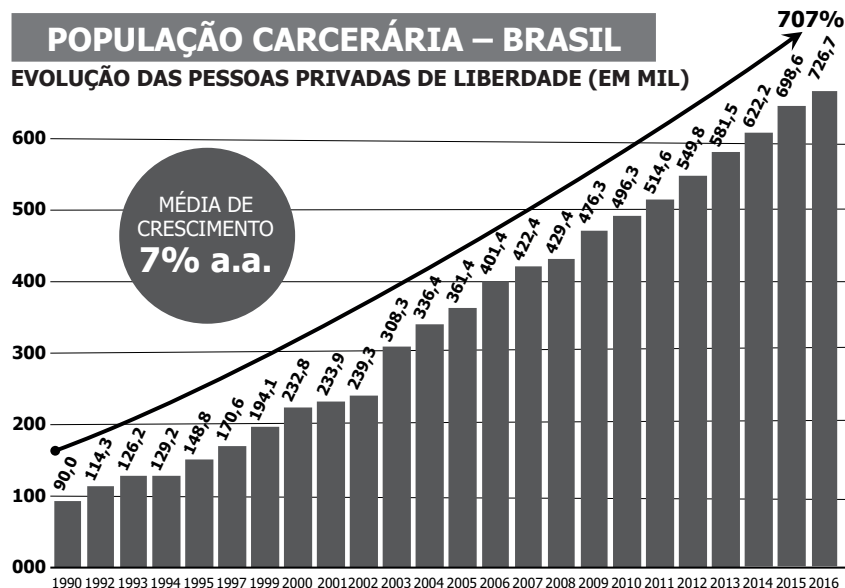
Keywords: National Labor Policy, prison system, prisoners, ex-Prisoners, resocialization, private initiative, agreement.

Introdução

O Brasil vem sofrendo nas duas últimas décadas uma escalada de violência e de crimes contra pessoas e patrimônio que preocupam não só a sociedade civil, mas todas as esferas do Governo. As políticas de governo para a contenção desse fenômeno têm sido no sentido de também incrementar o afastamento dos infratores e criminosos do ambiente social para o espaço das penitenciárias. A população carcerária

1- Advogada, pós-graduada em Direito Empresarial – UCAM , IAG Master em Seguros – PUC RJ – Conselheira da AIDA Brasil, Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Brasil – Consultora da CNseg.

no Brasil, pelos dados do Infopen² de junho de 2016, já havia atingido então o número de quase 750 mil pessoas, sendo que, em São Paulo, já ultrapassara 240 mil pessoas. A média de crescimento desse número é de 7% ano, considerando-se que, em 1990, havia 90 mil pessoas encarceradas.



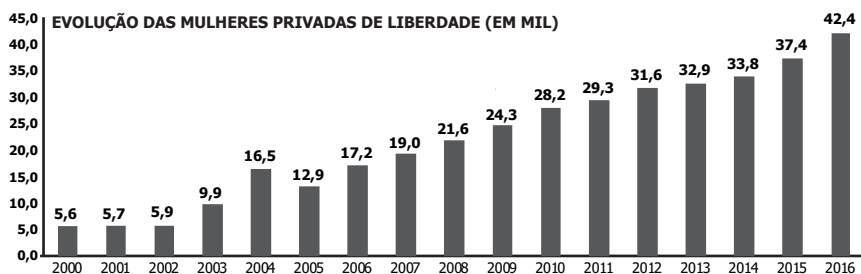
Fonte: Infopen – Levantamento de Informações Penitenciárias, jun/16, DEPEN Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

População carcerária no mundo e no Brasil

A população carcerária brasileira cresceu, dramaticamente, nas últimas décadas, atingindo quase 750 mil presos, o que nos colocou no terceiro lugar em termos mundiais. Os Estados Unidos encabeçam o ranking, com mais de dois milhões de encarcerados, seguidos da China com quase 1.7 milhão de presos.

Relativamente à análise por gênero, veremos que o crescimento, entre nós, da população encarcerada feminina foi bem mais acentuado que o da masculina, visto que o número de 5.600 mulheres presas, apurado em 2000, multiplicou-se quase oito vezes alcançando em 2016 a marca de 42.355 encarceradas, o que corresponde a um (assustador) aumento de 656% no período de 16 anos.

2- Infopen – Levantamento de Informações Penitenciárias, jun/16, DEPEN – Departamento Penitenciário nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública.



Fonte: Infopen – Levantamento de Informações Penitenciárias, jun/16, DEPEND e departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Iniciativas privadas

A criminalidade é um problema social que tem se agravado e para o qual as soluções devem ser consideradas de forma conjunta e agregando ações que não se esgotam no âmbito público. Dentre as iniciativas privadas voltadas para a reeducação e a ressocialização de presos e egressos, o Instituto Ação Pela Paz, IAP que visa tornar-se referência na sua área de atuação, tem como missão, apoiar o Poder Público e a Sociedade Civil em iniciativas que promovam a redução do reingresso no sistema prisional daqueles que por ele passaram.

O Programa Semeiar³, Sistema Estadual de Métodos para Execução Penal e Adaptação Social do Recuperando, envolve a área pública e a sociedade civil em ações que visam proporcionar maior efetividade na recuperação social do preso e sua família. O projeto-piloto foi desenvolvido pelo IAP no Centro de Ressocialização de Limeira e na Penitenciária II Feminina de Tremembé, em 2014. Ganhou amplitude para ser desenvolvido nas unidades prisionais de todo o estado, após a assinatura do Termo de Cooperação Técnica nº141/15, em 2015 firmado entre o Tribunal de Justiça de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária e o Instituto Ação pela Paz, e que foi reafirmado em dezembro de 2017.

3-Para estabelecer diretrizes, fortalecer e disseminar o Semeiar como política institucional, gestores da iniciativa se reúnem mensalmente. São eles os desembargadores Luiz Antonio Cardoso e Amaro José Thomé Filho; o juiz Luiz Augusto Barrichello Neto e a coordenadora técnica de apoio Renata Amadio (representando a Coordenadoria Criminal e de Execuções Criminais do TJSP); Jean Ulisses Carlucci, Mauro Rogério Bitencourt e Thiago Azevedo Pereira Martins (representando a SAP) e a diretora executiva do IAP, Maria Solange Rosalem Senese. Dentre as metas estabelecidas para 2018, está o fortalecimento das Centrais de Atendimento ao Egresso e Família (CAEF) e dos Conselhos da Comunidade das Varas de Execuções Criminais de São Paulo (CCVEC). “Com o apoio dos CCVECs e com as articulações da sociedade civil, podemos melhorar o atendimento prisional e promover a reintegração do egresso à sociedade”, afirmou Barrichello.

O programa desenvolve atividades educacionais e laborativas na prisão permitindo um melhor aproveitamento do tempo de pena e preparando os participantes para seu reingresso na sociedade. O projeto já foi expandido para o Centro de Ressocialização Feminino de Rio Claro e para o Centro de Ressocialização e CDP de Piracicaba, estando em fase de estudos sua implantação no Centro de Ressocialização de Sumaré.

Duas políticas públicas penitenciárias já existentes foram utilizadas como base para o Semear, são elas os Centros de Ressocialização (CRs) e o sistema da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac). Ao aglutinar os melhores aspectos dessas duas práticas, o projeto pretende criar um ambiente carcerário positivo, abrangendo, inclusive, o núcleo familiar do preso.

Iniciativas de governo

“É preciso refletirmos sobre como tratamos nossos infratores, (como) prevenimos a prática de novas infrações e como recuperamos, após o cumprimento da sentença, essas pessoas para o retorno à sociedade”.

A preocupação, expressada pela presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Raquel Dodge⁴ encontra eco em boa parte da sociedade e é foco de iniciativas privadas como é o caso do Instituto Ação pela Paz, IAP. A incapacidade de o Estado prover segurança e efetivar ações que diminuam a reincidência fica patenteada em todos os debates e análises do assunto. Vem da própria área pública a avaliação da insustentabilidade do Sistema Penitenciário⁵ diante da taxa de 175% de ocupação dos presídios brasileiros, considerados os 1.456 estabelecimentos penais no país.

O Decreto Nº 9.450/2018, assinado pela Ministra Cármen Lúcia, quando no exercício da Presidência da República, institui a Política nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – Pnat, em torno do qual continuam as discussões, muitas críticas e alguns elogios, reconhecidamente, trouxe alguns avanços, para a institucionalização de uma Política Nacional visando à reeducação e ressocialização de presos e egressos do Sistema Prisional. Ainda que com inúmeras imperfeições, coloca o país no caminho de um reconhecimento de atuar no *fomento e na ampliação de vagas de trabalho no sistema prisional*.

Entretanto, o maior clamor contra o Decreto tem foco na possível inviabilidade de sua operacionalização, que demanda um incremento

4- Raquel Dodge no Seminário Internacional de Execução Penal em 18 de junho de 2018 - Brasília.

5- Dados extraídos em 18/6/2018 – Assessoria de Comunicação Social Conselho Nacional do Ministério Público.

significativo em cursos de formação inicial e continuada, necessária para a inserção de egressos no mercado de trabalho, bem como a imprevisibilidade da norma quanto a mecanismos de gestão da própria política, já que não há definição dos órgãos e instrumentos de regulação das vagas, seleção e acompanhamento dos novos trabalhadores⁶.

Aparentemente, outra falha do Decreto⁷ foi sua condição de ação isolada, à parte de outras iniciativas, inclusive públicas e internacionais. A norma não teria contemplado ações em andamento como, por exemplo, a parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – que já possuía um documento mais abrangente para a formação dessa Política.

[...]

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional - Pnat para permitir a inserção das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mundo do trabalho e na geração de renda.

§ 1º A Pnat destina-se aos presos provisórios, às pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena no regime fechado, semiaberto e aberto e às pessoas egressas do sistema prisional.

§ 2º A Pnat será implementada pela União em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 3º Para a execução da Pnat, poderão ser firmados convênios ou instrumentos de cooperação técnica da União com o Poder Judiciário, Ministério Público, organismos internacionais, federações sindicais, sindicatos, organizações da sociedade civil e outras entidades e empresas privadas.

§ 4º Será promovida a articulação e a integração da Pnat com políticas, programas e projetos similares e congêneres da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

6- Ressocializar pelo trabalho? Riscos e avanços no novo e polêmico decreto por Felipe Athayde Lins de Mello – 30/07/18 – Justificando.

7- “DECRETO Nº 9.450 de 24 de julho de 2018

Institui a Política Nacional de Trabalho, no âmbito do Sistema, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública, firmados pelo Poder Executivo federal.

§ 5º Considera-se egresso, para os efeitos deste Decreto, a pessoa que se encontre nas hipóteses elencadas no art. 26 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984”

O referido decreto determina a contratação de empregados originários do sistema prisional, como mão de obra a ser alocada para atender o objeto do contrato da empresa vencedora de licitação para obra pública. O artigo 5º fixa o teto mínimo de valor da obra para que sejam cabíveis as hipóteses do decreto.

“Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Só poderão participar do programa os presos, em qualquer regime previsto, que tenham sido autorizados pelo juiz de execução penal; tenham cumprido, no mínimo, um sexto da pena; e comprovem aptidão, disciplina e responsabilidade para o desempenho das tarefas. Deverão ser reservados aos presos ou egressos 3% das vagas quando o contrato demandar 200 funcionários ou menos; 4% das vagas, no caso de 200 a 500 funcionários; 5% das vagas, no caso de 501 a 1.000 funcionários; e 6% quando o contrato exigir a contratação de mais de 1.000 funcionários.

“Art. 5º Na contratação de serviços,...

[...]

§ 2º Na hipótese de ser admitido o emprego de mão de obra de pessoa presa em regime fechado, o edital e a minuta do contrato deverão prever as seguintes cautelas a serem observadas pela contratada, em atendimento ao disposto nos art. 35 e art. 36 da Lei nº 7.210, de 1984:

- I - apresentação de prévia autorização do Juízo da Execução;
- II - comprovação de aptidão, disciplina e responsabilidade da pessoa presa;
- III - comprovação do cumprimento mínimo de um sexto da pena; e
- IV - observância do limite máximo de dez por cento do número de presos na prestação do serviço.

[...]

O § 4º do mesmo artigo 5º excepcionaliza as exigências do artigo diante de situação que a torne inviável.

§ 4º - A administração pública poderá deixar de aplicar o disposto neste artigo quando, justificadamente, a contratação de pessoa presa ou egressa do sistema prisional se mostrar inviável.

Art. 6º Para efeito do disposto no art. 5º, a empresa deverá contratar, para cada contrato que firmar, pessoas presas, em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, ou egressas do sistema prisional, nas seguintes proporções:

I - três por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos ou menos funcionários;

II - quatro por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos e um a quinhentos funcionários;

III - cinco por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar quinhentos e um a mil funcionários; ou

IV - seis por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de mil empregados.

§ 1º A efetiva contratação do percentual indicado nos incisos I a IV do *caput* será exigida da proponente vencedora quando da assinatura do contrato.”

Os serviços previstos no decreto não incluem tarefas no canteiro de obras, apenas em serviços adjacentes, como os de limpeza ou de vigilância. Entretanto, há expectativa da inclusão desse tipo de atividade, futuramente. Por fim, há a previsão de benefícios e encargos para a operacionalização das tarefas a serem efetuadas pelos novos contratados, equiparando-os aos demais funcionários e de uma certa forma no que tange ao inciso I, criando responsabilidade compartilhada⁸ com a unidade prisional em que aqueles estejam internos.

Conclusão

A escalada da violência em todo o território nacional e a clara ineficácia das medidas para contê-la já fazem parte da realidade do país. A falta de resultados efetivos das políticas públicas para repressão ao crime e ressocialização de egressos, assim como uma série de deteriorações no comportamento social

8- Art. 7º *À contratada caberá providenciar às pessoas presas e ao egressos contratados:*

I - transporte;

II - alimentação;

III - uniforme idêntico ao utilizado pelos demais terceirizados;

IV - equipamentos de proteção, caso a atividade exija;

V - inscrição do preso em regime semiaberto, na qualidade de segurado facultativo, e o pagamento da respectiva contribuição ao Regime Geral de Previdência Social; e

VI - remuneração, nos termos da legislação pertinente.”

e o déficit de geração de trabalho na sociedade brasileira demonstram, e alimentam, a insuficiência e ineficiência de capacidade do Estado de prover segurança e um sistema penitenciário eficaz.

Para que sejam obtidos resultados positivos na reeducação e ressocialização de presos e egressos e uma significativa diminuição da reincidência há que se desenvolver e implementar novas medidas e ações, tanto pelos órgãos públicos como por iniciativas das áreas privadas, priorizando-se parcerias que complementem e viabilizem o conjunto de atuações com o investimento técnico especializado que a situação demanda.

O Decreto Nº 9.450/18, cujos princípios⁹ contemplam a dignidade da pessoa humana, a ressocialização, o respeito às diversidades e a humanização da pena, é mais uma tentativa de estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social de presos e egressos, pelo estímulo à oferta de vagas de trabalho, que busca, ainda, promover a conscientização da sociedade e dos órgãos públicos para a importância do trabalho como ferramenta de recuperação e reintegração social¹⁰.

A renda para egressos prisionais contribui para redução da reincidência criminal. A reeducação para a vida fora dos muros deve iniciar-se e consolidar-se mesmo e, principalmente, antes do fim do cumprimento da pena e do retorno à sociedade.

O Instituto Ação pela Paz, iniciativa nascida no seio do setor de seguros, idealizada, criada e desenvolvida por Jayme Brasileiro Garfinkel, tem seu foco principal na diminuição da reincidência e já vem colhendo frutos da aplicação do programa “Semear” e do projeto “Semeando Sonhos, Despertando Possibilidades”. Como mencionado, conta com parcerias com a área pública, ONGs e o apoio institucional da CNseg/Fenaseg, que tem assento no seu Conselho.

Por fim, o IAP também apoia o Instituto Gerando Falcões e o Instituto Responsa, entidades administradas por egressos do Sistema Prisional que oferecem, durante um período mínimo de 6 meses, apoio no recrutamento, seleção e monitoramento às empresas interessadas em contratação de recuperados.

As sementes já se encontram no solo e algumas já começaram a brotar. Resta assegurar continuidade à adubação da semeadura, sobretudo pelos órgãos públicos, e que as iniciativas privadas sigam nas ações de forma insistente e consistente, sob pena de, não o fazendo, perdermos cada vez mais espaço para a violência.

9- Art. 2º do Decreto Nº 9.450/2018.

10- Art. 4º do Decreto Nº 9.450/2018.



A black and white photograph of a piece of paper with handwritten notes in Cyrillic script. A black pen is resting on the paper. The notes include mathematical expressions like $1 = 3 + 4 / 3 + 2$ and $1 = 12 /$, and phrases like "время (всего)", "всего (всего)", "no ugraso", "grae", "Toro", "npu", and "(moim)".

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.297.362-SP, *o dies a quo* da prescrição em ação de ressarcimento no seguro marítimo

Ricardo Bechara Santos¹

A decisão abaixo ementada, da Terceira Turma do STJ, de relatoria do eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, exarada no REsp nº 1.297.362 - SP (2011/0294875-7), merece especial atenção do setor de seguros pelo benefício que propicia às sociedades seguradoras que operam o seguro de transporte marítimo. Não só por reconhecer a inexistência de relação de consumo e consequente inaplicabilidade do CDC, posto que o serviço de transporte de mercadorias e produtos e seus correspondentes seguros encerram relação insumerista, como também, e principalmente, por fixar o termo inicial do prazo prescricional anual nas ações de regresso das sociedades seguradoras sub-rogadas a partir da indenização dos danos à carga transportada. Senão, vejamos:

“Recurso especial nº 1.297.362 - SP (2011/0294875-7)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Hamburg Sudamerikanische Dampfschiffahrts

Recorrido: Unibanco AIG Seguros S/A

EMENTA

Recurso especial. Juízo de retratação. Recurso. Não cabimento. Transporte marítimo de mercadoria. Perda total do bem segurado.

1- Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito de Seguros - AIDA Brasil. Autor das obras Direito de seguro no cotidiano, Direito de Seguro no novo Código Civil e Legislação própria e Coletânea de Jurisprudências STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização e coautor de diversas obras. Consultor Jurídico da CNseg/Fenaseg.

Culpa do transportador. Ação de regresso. Seguradora. Prazo prescricional anual. Súmula nº 151/STF. Ausência de relação de consumo. Termo inicial. Pagamento da indenização.

1. Apresenta-se desprovido de conteúdo decisório e, assim, insusceptível de causar gravame às partes, o ato que, em juízo de retratação, reconsidera anterior pronunciamento e determina inclusão do feito em pauta, não autorizando, por conseguinte, a interposição de nenhum recurso.

2. Discute-se nos autos, em essência, o termo inicial do prazo prescricional para que a seguradora, em ação regressiva, pleiteie o ressarcimento do valor pago ao segurado por danos causados à mercadoria no decorrer do transporte marítimo.

3. Ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em razão de danos causados por terceiros, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado.

4. No caso de não se averiguar a relação de consumo, observa-se o prazo prescricional de 1 (um) ano para propositura de ação de segurado sub-rogado requerer do transportador marítimo o ressarcimento por danos causados à carga, nos termos da Súmula nº 151/STF e do art. 8º, caput, do Decreto-Lei nº 116/1967.

5. O termo inicial do prazo prescricional para seguradora sub-rogada propor ação de regresso é a data do pagamento integral da indenização ao segurado. Precedentes.

6. Embargos de declaração de fls. 731/736 não conhecidos. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido quanto à fundamentação o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Presidente). Participaram do julgamento os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA – Relator.”

Importante assinalar, de pronto, que uma vez fixada a *data do pagamento da indenização como termo inicial do prazo de prescrição* para a seguradora ajuizar ação de regresso contra o transportador, visando a se ressarcir do valor pago ao segurado por danos à mercadoria transportada em face da responsabilidade presumida do transportador pelo *jus receptum*, este que tem a obrigação de conduzir, incólume, os bens transportados ao seu destino, conservando-os e entregando-os no lugar convencionado e nas condições em que os recebeu, conforme declarou à Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, enorme é o benefício à sociedade seguradora na medida em que se desonera dos desgastantes procedimentos judiciais para a interrupção do prazo de prescrição extintiva, no caso dos direitos do segurador sub-rogado, que, consoante o artigo 202 do Código Civil, somente poderia ocorrer uma única vez (I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor).

Sabido mais que, na grande maioria das vezes, o tempo de conclusão da complexa regulação dos sinistros ocorridos nos transportes marítimos costuma superar, em muito, esse prazo anual de prescrição, pressionando, por isso mesmo, o processo regulatório e comprometendo a sua perfectibilidade, muitas vezes a dano do segurador e de seu direito sub-rogatório, por consequente da mutualidade. Não sem lembrar que o direito do segurador de recuperar a indenização paga ao segurado tem importante reflexo no cálculo atuarial do prêmio, na precificação do seguro, além de sua outra importante função de não deixar o causador do dano impune, alforriado de sua obrigação de indenizar. Com a nova orientação do STJ, medida pela decisão em comento, o direito de regresso do segurador poderá fluir livre de tal pressão e liberto de tais amarras.

Realmente, a seguradora tem prazo prescricional de um ano para propor a ação de regresso contra o transportador marítimo pelos danos causados à carga, segundo a *Súmula 151 do STF* (prescreve em um ano a ação do segurador sub-rogado para haver indenização

por extravio, ou perda de carga transportada por navio) e o *artigo 8º do Decreto-Lei nº 116/67*. Sabido mais que, consoante a *Súmula 154 do mesmo STF: Simples vistoria não interrompe a prescrição*. E já que estamos invocando a jurisprudência sumulada da mais alta Corte de Justiça do País, não poderia passar despercebida a sua *Súmula nº 188, segundo a qual, litteris: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro*.

Tal entendimento dos ministros do STJ foi manifestado no julgamento de processo que envolve o seguro contratado por uma fabricante brasileira de aeronaves, para cobrir os riscos do transporte de um contêiner contendo 45 peças para avião e filmes adesivos.

A remessa foi acondicionada em um contêiner refrigerado no porto de Miami, nos Estados Unidos, para ser transportado até o porto de Santos (SP), tendo a viagem transcorrido normalmente sem maiores sobressaltos. Após o desembarque, no entanto, constatou-se que as mercadorias encontravam-se avariadas, porque não foi observada a temperatura ideal durante o transporte.

A seguradora ajuizou ação de regresso contra a agenciadora de cargas e a empresa transportadora. Ambas foram condenadas a pagar a quantia de R\$ 162.004,29 pela 10ª Vara Cível da comarca de Santos. A condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Inconformadas, as empresas demandadas recorreram ao STJ, cabendo a relatoria do recurso ao íncrito Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. As empresas alegaram, dentre o mais, que o termo inicial do prazo de prescrição para o ajuizamento de uma ação de regresso é a data do término da descarga do navio transportador, fiadas no entendimento baseado no que literalmente dispõe o *artigo 8º do DL nº 116/67: Prescrevem ao fim de um ano, contado da data do término da descarga do navio transportador, as ações por extravio de carga, bem como as ações por falta de conteúdo, diminuição, perdas e avarias ou danos à carga. (grifo intencional)*

No voto, o relator desacolheu os argumentos das recorrentes e manteve a decisão da Justiça paulista, reconhecendo a data do pagamento da indenização como marco inaugural do prazo prescricional da ação de regresso, mesmo a despeito do disposto no citado Decreto-Lei.

Saliente-se que, pela nova orientação emanada do Código Civil de 2002, que com seu sistema de cláusulas abertas permite ao julgador

adotar a orientação que melhor se adequa à evolução do direito, não pode passar despercebido que o fato gerador da pretensão se dá com a violação do direito (*artigo 189 do CC*) e só daí, de regra, devendo começar a fluir o prazo de prescrição para o segurador sub-rogado, sabido que o simples término da descarga do navio, previsto no supratranscrito art. 8º do vetusto DL 116/67, de modo algum pode, por si só, determinar uma violação de direito para o *start* do prazo prescricional segundo a regra geral fincada no Código Civil, razão pela qual deve de qualquer sorte restar superada a orientação contida no referido dispositivo do DL de 1967, ao menos para fins de determinação do início do prazo prescricional nas ações de ressarcimento do segurador sub-rogado.

Debateu-se, no julgamento, quanto ao termo inicial do prazo prescricional, a tese de que “*na presente hipótese deveria ser observada a data da vistoria, oportunidade em que foi definida a exata extensão dos danos causados pelo inadequado acondicionamento da mercadoria transportada*”.

Todavia, asseverou-se, no bojo do *decisum*, que “*muito embora a vistoria seja relevante no que se refere à constatação dos efetivos danos causados, não pode ser entendido como o termo inicial do prazo prescricional da ação regressiva a ser proposta pela seguradora.*”

De outra parte, dentre as razões de decidir, salientou o ilustre relator que “*menos plausível se mostra a tese veiculada nas razões recursais, perfilhada pelo acórdão apontado como paradigma, qual seja, a de que o prazo prescricional deve ser contado do desembarque da mercadoria no porto*” e, lembrando Carlos Maximiliano, o papa da hermenêutica, pondera que “*o intérprete não deve se apegar simplesmente à letra da lei, mas deve perseguir o espírito da norma a partir de outras, inserindo-a no sistema como um todo, para extrair, assim, o seu sentido mais harmônico e coerente com o ordenamento jurídico. Além disso, nunca se pode perder de vista a finalidade da lei, ou seja, a razão pela qual foi elaborada e o bem jurídico que visa proteger.*”

Em verdadeiro “cheque mate”, o ilustre relator fecha o seu raciocínio, não sem invocar precedentes da Corte, para concluir que “*a sub-rogação não deve ser interpretada na extensão dimensionada pela recorrente, de modo a fazer com que, por força da transferência legal dos direitos e das ações do credor ao sub-rogado, imponha-se a observância, inclusive, do termo inicial do prazo prescricional previsto para a relação jurídica originária*”. E pontifica a decisão com o seguinte argumento: “*Com efeito, a sub-rogação se concretiza com o pagamento da indenização*

securitária. Tão somente a partir desse momento pode-se atribuir ao segurador o direito de propor ação regressiva contra o autor do dano causado ao seu segurado.”

Por essa razão, outro não poderia ser o início do prazo prescricional para o segurador ajuizar sua ação regressiva, se antes disso ele ainda não estivesse autorizado a fazê-lo, sob pena de ver sua pretensão liminarmente julgada extinta.

Do contrário, diante de uma única oportunidade que o segurador dispõe para interromper a prescrição, consoante o citado artigo 202 do Código Civil, e da complexidade da regulação dos sinistros de transporte internacional, que costuma durar tempo maior que um ano, seria o mesmo que reconhecer a extinção sumária de um direito substantivo, ao se negar a pretensão do segurador em casos tais diante da impossibilidade de exercê-lo apesar de seu esforço, antípoda da inércia, máxime em relação aos sinistros relacionados a armazéns alfandegados, cuja prescrição é de apenas três meses.

Inegável que 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, sendo inegável a sua transcendente importância, notadamente para a instituição do seguro. Realmente, a inércia é fenômeno subjetivo e muitas vezes voluntário, enquanto o tempo é fenômeno objetivo; porém ambos, como fenômenos extintivos, ou aquisitivos, de direitos, ganham o caráter de fatos jurídicos que, na definição de Savigny, mostrada por Câmara Leal (*Da Prescrição e Decadência*, Forense, p. 22), são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem, neste último caso por inércia.

Cabe recordar que o instituto da prescrição deve incidir em todos os campos do direito, pois a prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em face da inércia de seu titular, durante certo tempo, como de há muito já ensinava Orlando Gomes, em sua *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio, ou, consoante Nelson Nery Júnior, uma causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu *não-exercício* no prazo estipulado em lei, conforme escólios que se extraem de seu *Código Civil Anotado*, RT, SP. Jamais, portanto, quando o credor quer exercê-lo, mas não tenha como fazê-lo.

Não é o que ocorre no caso examinado, pois ali jamais se poderia atribuir ao segurador a pecha da *inércia* a justificar a perda do prazo para ajuizar sua ação de regresso, pois o que se dá, ao contrário, é

justamente a impossibilidade do exercício tempestivo desse direito se o marco inaugural da prescrição ficasse adstrito à data do término da descarga do navio e não à data do pagamento da indenização. É que o segurador, por mais que envide os seus esforços para concluir a regulação do sinistro, que depende de variáveis fora de seu controle, pela exiguidade dos prazos extintivos *versus* a natural complexidade da regulação e diante da possibilidade de interromper a prescrição por uma única vez apenas acabaria sucumbindo no seu direito de regresso, não por inércia, mas diante de uma impossibilidade a que não deveria estar obrigado, valendo aqui o aforisma *ad impossibilia nemo tenetur*, ou, traduzindo, ninguém é obrigado ao impossível.

Realmente, onde não há inércia, não pode se consumir a prescrição, como bem acentua San Tiago Dantas, com densa simplicidade: *Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais...* (Programa de Direito Civil, Parte Geral, 1977, pp. 397/398).

Cabe lembrar que, consoante a lei (Código Civil art.786: *Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Código Comercial art. 728: Pagando o segurador um dano acontecido à coisa segura, ficará sub-rogado em todos os direitos e ações que ao segurado competirem contra terceiro, e o segurado não pode praticar ato algum em prejuízo do direito adquirido dos seguradores*) e a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, inclusive no STF (a já citada *Súmula 188*), ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em razão de danos causados por terceiros, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado salvo quanto ao termo inicial da prescrição, conforme assinalou o Ministro relator em seu voto-condutor, acompanhado pela unanimidade dos demais ministros da Terceira Turma, especializada no desate de questões relacionadas ao direito privado.

Este o resumo de meus comentários.

Referências

LEAL, Câmara (*Da Prescrição e Decadência*).

MAXIMILIANO, Carlos, (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*).

NERY, Junior; Nelson, (*Código Civil Anotado*).

GOMES, Orlando, (*Introdução ao Direito Civil*).

CUEVA, Ricardo Villas Bôas (*Relator no REsp comentado*).

DANTAS, San Tiago (*Programa de Direito Civil*).

SAVIGNY (apud LEAL, Câmara).

SÚMULAS do STF 151, 154 e 188.

Recurso Especial nº 1.691.748 - PR (2017/0201940-6). Da utilização do Seguro Garantia Judicial como forma de garantia ao juízo, mesmo havendo discordância do exequente

Rafaela Soares Barbosa¹

Resumo: O presente artigo visa apresentar os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de utilização do Seguro Garantia Judicial como forma de garantir o pagamento de valores que deveriam ser depositados em juízo, bem como a decisão que consolidou a orientação jurisprudencial sobre o tema tendo como base o Novo Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: The present work intends to present the understanding of the Superior Court of Justice regarding the possibility of applying judicial guarantee insurance to guarantee the payment of the value supposed to be held in judicial escrow accounts, as well as the court decision which consolidated the judicial orientation regarding the subject, based on the New Code of Civil Procedure released in 2015.

Palavras-chave: Seguro Garantia Judicial, garantia ao juízo, cumprimento de sentença, equiparação, dinheiro, Novo CPC.

Keywords: judicial guarantee insurance, judicial escrow, execution, equivalence, money, New Code of Civil Procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da divergência jurisprudencial sobre o tema. 3. Dos fundamentos do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.691.748/PR. 4. Conclusão. 5. Da Ementa da decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1.691.748/PR.

1-Bacharel pela Universidade Estácio de Sá e Pós- Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. MBA em Seguros e Resseguros pela Escola Nacional de Seguros. Membro da AIDA-Brasil.

1. Introdução

Regulamentado pela Circular Susep 477/2013, o Seguro Garantia Judicial surgiu como alternativa ao depósito judicial e à penhora de bens nos processos judiciais, ao garantir o pagamento de valores que o tomador (potencial devedor) deveria depositar em juízo durante o trâmite de processos judiciais.

Ao impedir o comprometimento de recursos que poderiam inviabilizar a atividade-fim das sociedades, o Seguro Garantia Judicial passou a ser um produto de grande interesse pelas empresas e instituições financeiras, por evitar a penhora de vultosas quantias em espécie, o que inclusive impulsionou a sua expansão nos campos cíveis, administrativos, trabalhistas e tributários.

Essa importante modalidade de seguro teve origem no ordenamento processual civil brasileiro a partir do advento da Lei nº 11.382/2006, que, ao alterar o Código de Processo Civil de 1973, passou a prever de forma expressa a possibilidade de substituição da penhora e depósitos judiciais pelo Seguro Garantia Judicial, conforme seu artigo 656, § 2º, que passou a vigor com a seguinte redação:

“Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - se não obedecer à ordem legal;

II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;

III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados;

IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame;

V - se incidir sobre bens de baixa liquidez;

VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou

VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei.

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).

§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento).

§ 3º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge.” (g.n.)

A partir da Lei nº 13.105 de 2015, que teve por objeto a constituição do Novo Código de Processo Civil, o Seguro Garantia Judicial passou a ter previsão em seu artigo 835, § 3º, que inclusive equiparou, para fins de substituição da penhora, o dinheiro, a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial da execução, acrescido de 30% (trinta por cento), conforme pode ser abaixo observado:

“Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.” (g.n.)

Com a equiparação do Seguro Garantia Judicial ao dinheiro restou mais fortalecida a sua utilização como alternativa ao pagamento de cauções, depósitos judiciais em dinheiro, penhora de bens e fianças bancárias.

2. Da divergência jurisprudencial sobre o tema

Apesar do Seguro Garantia Judicial ser uma excelente alternativa tanto para o credor quanto para o devedor, uma vez que agiliza os processos de execução, possibilita o não bloqueio do patrimônio das empresas executadas e garante o direito da parte vencedora do processo, a sua utilização para garantia do juízo passou a ser tema controvertido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Para parte da jurisprudência, a utilização do Seguro Garantia deveria ser admitida apenas em hipóteses excepcionais, por ser entendido que a ordem legal de penhora, prevista no artigo 655 do Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 835 do Novo CPC, foi estabelecida no interesse do credor e da maior eficácia da atividade executiva, em observância ao princípio da maior eficácia da execução e de satisfação do credor.

De acordo com esse entendimento, a preterição da ordem legal de penhora só poderia ser admitida quando comprovada não somente a manifesta vantagem para o executado, mas também a ausência de prejuízo para o exequente.

Já para outra parte da jurisprudência, os princípios da maior eficácia da execução e de satisfação do credor devem ser compatibilizados com o princípio da menor onerosidade para o devedor, previstos

nos artigos 620 do CPC/1973 e 805 do CPC/2015, já que a retenção de grande numerário poderá causar severos prejuízos às atividades da empresa executada, o que torna recomendável a aceitação da fiança bancária ou do Seguro Garantia.

Além disso, tendo em vista que com o Novo Código de Processo Civil de 2015 o Seguro Garantia passou a ser equiparado ao dinheiro, não mais haveria o alegado descumprimento a ordem legal de penhora prevista no ordenamento processual civil pátrio.

3. Dos fundamentos do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.691.748/PR

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema passou a ser modificado a partir do julgamento do Recurso Especial 1.691.748/PR, proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que deu provimento, por unanimidade, ao recurso do Banco Santander Brasil S.A, firmando o entendimento que o Seguro Garantia Judicial oferecido no cumprimento de sentença deve ser utilizado a fim de garantir o juízo, mesmo havendo discordância do exequente.

De acordo com o entendimento do STJ, firmado a partir do voto do Ministro Relator do caso, Ricardo Villas Bôas Cueva, o tema controvertido passou a ter nova reflexão a partir da edição do Novo Código de Processo Civil de 2015, que equiparou, para fins de substituição da penhora, o dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial.

Desta forma, foi entendido que *“dentro do sistema de execução, a fiança bancária e o seguro garantia judicial produzem os mesmos efeitos jurídicos que o dinheiro para fins de garantir o juízo, não podendo o exequente rejeitar a indicação, salvo por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade da salvaguarda oferecida”*.

Além disso, o Ministro Relator ainda destacou que *“o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas”* (art. 11, § 1º, da Circular SUSEP nº 477/2013), além de ser *“vedado o estabelecimento de franquias, participações obrigatórias do segurado e/ou prazo de carência nos planos de Seguro Garantia”* (art. 10 da Circular SUSEP nº 477/2013).”

Desta forma, por serem automaticamente conversíveis em dinheiro ao final do feito executivo, a Corte Superior entendeu que a fiança

bancária e o Seguro Garantia Judicial acarretam a harmonização entre o princípio da máxima eficácia da execução para o credor e o princípio da menor onerosidade para o executado, a aprimorar consideravelmente as bases do sistema de penhora judicial e a ordem de gradação legal de bens penhoráveis, conferindo maior proporcionalidade aos meios de satisfação do crédito ao exequente.

4. Conclusão

Apesar de todos os benefícios trazidos pela contratação do Seguro Garantia Judicial, sua consideração como efetivo instrumento de garantia para satisfação do crédito foi objeto de controvérsia. O Superior Tribunal de Justiça não vinha aceitando a sua utilização em substituição a penhora, por entender que a penhora em dinheiro estaria em ordem preferencial na gradação legal prevista no Código Processo Civil de 1973.

Contudo, o advento do Novo Código Processo Civil de 2015 consolidou o entendimento da equiparação do Seguro Garantia Judicial a dinheiro, não prevendo ordem ou hierarquia de preferência entre as referidas modalidades de garantia, salvo nos casos em que o valor em questão *seja inferior ao débito constante da inicial acrescido de trinta por cento*, materializado na ementa de decisão do STJ, transcrita abaixo.

5. Da Ementa da decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1.691.748/PR

“Recurso Especial nº 1.691.748 - PR (2017/0201940-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Banco Santander Brasil S/A

Recorrido: Maria Amélia Foratori Ballotto

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 284/STF. ASTREINTES. VALOR. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE. MULTADO ART. 475-J DO CPC/1973.

INAPLICABILIDADE. TÍTULO JUDICIAL ILÍQUIDO. PENHORA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INDICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR E PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO PARA O CREDOR. COMPATIBILIZAÇÃO. PROTEÇÃO ÀS DUAS PARTES DO PROCESSO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).

2. A alegação genérica da suposta violação do art. 1.022, II, do CPC/2015, sem especificação das teses que teriam restado omissas pelo acórdão recorrido, atrai a incidência da Súmula n° 284/STF.

3. A decisão que arbitra astreintes, instrumento de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não faz coisa julgada material, podendo, por isso mesmo, ser modificada, a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la. Precedentes.

4. Nos termos do art. 537 do CPC/2015, a alteração do valor da multa cominatória pode ser dar quando se revelar insuficiente ou excessivo para compelir o devedor a cumprir o julgado, ou caso se demonstrar o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou a justa causa para o seu descumprimento. Necessidade, na hipótese, de o magistrado de primeiro grau apreciar a alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer conforme o comando judicial antes de ser feito novo cálculo pela Contadoria Judicial.

5. Não há como aplicar, na fase de cumprimento de sentença, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J do CPC/1973 (atual art. 523, § 1º, do CPC/2015) se a condenação não se revestir da liquidez necessária ao seu cumprimento espontâneo.

6. Configurada a iliquidez do título judicial exequendo (perdas e danos e astreintes), revela-se prematura a imposição da multa do art. 475-J do CPC/1973, sendo de rigor o seu afastamento.

7. O CPC/2015 (art. 835, § 2º) equiparou, para fins de substituição da penhora, a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial da execução, acrescido de 30% (trinta por cento).

8. O seguro garantia judicial, espécie de seguro de danos, garante o pagamento de valor correspondente aos depósitos judiciais que o tomador (potencial devedor) necessita realizar no trâmite de processos judiciais, incluídas multas e indenizações. A cobertura terá efeito depois de transitada em julgado a decisão ou o acordo judicial favorável ao segurado (potencial credor de obrigação pecuniária sub judice) e sua vigência deverá vigorar até a extinção das obrigações do tomador (Circular SUSEP nº 477/2013). A renovação da apólice, a princípio automática, somente não ocorrerá se não houver mais risco a ser coberto ou se apresentada nova garantia.

9. No cumprimento de sentença, a fiança bancária e o seguro garantia judicial são as opções mais eficientes sob o prisma da análise econômica do direito, visto que reduzem os efeitos prejudiciais da penhora ao desonerar os ativos de sociedades empresárias submetidas ao processo de execução, além de assegurar, com eficiência equiparada ao dinheiro, que o exequente receberá a soma pretendida quando obter êxito ao final da demanda.

10. Dentro do sistema de execução, a fiança bancária e o seguro garantia judicial produzem os mesmos efeitos jurídicos que o dinheiro para fins de garantir o juízo, não podendo o exequente rejeitar a indicação, salvo por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade da salvaguarda oferecida.

11. Por serem automaticamente conversíveis em dinheiro ao final do feito executivo, a fiança bancária e o seguro garantia judicial acarretam a harmonização entre o princípio da máxima eficácia da execução para o credor e o princípio da menor onerosidade para o executado, a aprimorar consideravelmente as bases do sistema de penhora judicial e a ordem de gradação legal de bens penhoráveis, conferindo maior proporcionalidade aos meios de satisfação do crédito ao exequente.

12. No caso, após a definição dos valores a serem pagos a título de perdas e danos e de astreintes, nova penhora poderá ser feita,

devendo ser autorizado, nesse instante, o oferecimento de seguro garantia judicial pelo devedor, desde que cubra a integralidade do débito e contenha o acréscimo de 30% (trinta por cento), pois, com a entrada em vigor do CPC/2015, equiparou-se a dinheiro.

13. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se a inaplicabilidade da multa prevista no § 2º do art. 1.026 do CPC/2015. Incidência da Súmula nº 98/STJ.

14. Recurso especial provido.”

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg

1. O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.

2. A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.

3. Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.

4. Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.

5. As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.

Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:

Doutrina - 10 a 30 laudas

Opinião - 05 a 15 laudas

Pareceres - 10 a 30 laudas

Legislação e Jurisprudência Comentada - 05 a 15 laudas

Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois.

7. Os destaques no texto deverão ser feitos em *itálico*. É vedado o uso de **negrito** ou sublinhado.

8. Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de *itálico* e utilizado recuo apenas quando ultrapassar 03 linhas.

9. As referências de jurisprudência devem conter todos os dados necessários para sua correta identificação.

10. As citações da rede mundial de computadores devem mencionar o endereço eletrônico completo e a data de acesso.

Exemplo: ALVES, Luis Silva. *O Direito do Seguro no Mundo Contemporâneo*. Disponível em www.umdoistres.org.br. Acesso em 29 de outubro de 2016.

11. Os artigos deverão ser enviados para **revistajuridica@cnsseg.org.br** bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.

PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg

1. The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.

2. The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.

3. All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.

4. All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.

5. The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.

Example: MARQUES, Cláudia Lima. *Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce)*. São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. *Journal of Courts*, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:

Doctrine - 10 to 30 pages

View - 05 to 15 pages

Opinions - 10 to 30 pages

Legislation and Commented Jurisprudence - 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be either indents or spacing, before or after.

7. The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.

8. Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.

9. The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.

10. The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.

Example: ALVES, Luis Silva. *The Rights of Insurance in the Contemporary World*. Available in www.umdoistres.org.br Access in 29 of October of 2016.

11. The electronic address revistajuridica@cnsseg.org.br should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.

Nossa missão

“É congregar as lideranças das Associadas, elaborar o planejamento estratégico do setor, colaborar para o aperfeiçoamento da regulação governamental, coordenar ações institucionais de debates, divulgação e educação securitária e representar as Associadas perante as autoridades públicas e entidades nacionais e internacionais do mercado de seguros.”



