

# REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

---

MAIO 2019

10

# REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

---

MAIO 2019 - NÚMERO 10



© 2019. 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. 10. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2019.

282 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](http://www.cnseg.org.br) - email: [revistajuridica@cnseg.org.br](mailto:revistajuridica@cnseg.org.br)

## Editorial

Atendendo a sugestão de Luiz Tavares, Consultor Jurídico da CNseg, escrevo estas linhas para saudar a publicação do número 10 da Revista Jurídica de Seguros. Este volume tem um significado especial: consolida esforço conjunto do Conselho Editorial da Revista para manter uma publicação de alto nível que, a um só tempo, contenha contribuições de juristas consagrados e de novos advogados militantes no setor.

O setor segurador brasileiro, nele incluídos o seguro, a previdência complementar aberta, a capitalização e a saúde suplementar, pela sua dimensão e relevância na vida do País, já fazia por merecer uma publicação especializada em Direito do Seguro. Trata-se de discutir e explorar os temas desse campo do conhecimento tão rico na sua dimensão teórica e tão importante na prática da nossa atividade.

Como economista que sou por formação, não posso deixar de citar que o filósofo Georg Hegel, um dos pais da dialética, ainda no século XVIII mostrava que a superestrutura das ideias, formada pelo papel das instituições e do direito, ao mesmo tempo é caudatária e busca organizar o que acontece na infraestrutura da sociedade, formada pelas sempre intrincadas relações econômicas e sociais.

Aproximando esse fundamento hegeliano da nossa temática securitária, tem-se a visão do trabalho formidável do Direito do Seguro, ao trafegar em meio às complexidades conceituais, técnicas e práticas de institutos de proteção que atingem pessoas, famílias, empresas e Governo, indistintamente, e com fortíssima sensibilidade econômica e social. E diria mesmo, ideológica.

Exemplos dessa riqueza teórica, e de alcance prático, são dois trabalhos inseridos neste número da Revista Jurídica de Seguros. Sem desdouro dos demais artigos, todos de elevada qualidade, acredito que os dois merecem um comentário especial, não só pelo tema

abordado, mas também pela excelência de seus autores, o Ministro do STJ Ricardo Cueva e o Professor Gustavo Binenbojn. Recomendo especialmente sua leitura pela atualidade e profundidade com que os temas são desenvolvidos.

Já quando insisto na importância prática do Direito do Seguro, não remeto somente aos aspectos contratuais do ramo, nem apenas às questões relacionadas aos procedimentos fundamentais do cálculo atuarial, da aceitação do risco e da regulação das indenizações. Refiro-me também à chamada judicialização, fenômeno natural numa sociedade democrática, consequente da garantia e facilidade de acesso ao Judiciário, mas que, em alguns casos, alcança aqui contornos exacerbados e indesejáveis, como sucede, por exemplo, na saúde suplementar.

De novo, o cachimbo de economista me leva ao campo da infraestrutura econômica e social. Tendo sido Presidente da FenaSaúde, não posso deixar de aludir ao excessivo número de casos que são apresentados ao Judiciário por consumidores e seus patronos, muitas vezes inconformados com os limites traçados pelos contratos. E, desta maneira, aqueles afortunados pelo acesso aos Magistrados e julgamento conforme suas pretensões terminam por fazer desabar o princípio do mutualismo, que está presente nas tarifas calculadas e nas regras de aceitação que consagraram as diferenças entre os mutuários, seja pelo gênero, seja pelas faixas etárias, e outras clivagens próprias das ciências atuariais. Se, por um lado, entende-se o inconformismo dos consumidores e de seus patronos, de outro, questiona-se a sensatez de alguns julgadores, que têm o dever profissional de fazer justiça, ou seja, de dar a cada um o que lhe é devido, nem mais nem menos.

Vale citar um dado que ilustra, de maneira contundente, o fenômeno aqui salientado, extraído de pesquisa recente do INSPER, elaborada com apoio do CNJ, intitulada “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução”. Entre 2008 e 2017, verificou-se crescimento de 130% no número de demandas anuais de saúde na primeira instância, frente a 50% no Poder Judiciário como um todo. Pelo mesmo estudo, vê-se que, em 2017, o número de processos de saúde na primeira instância (majoritariamente da saúde suplementar) elevou-se a perto de 96.000, enquanto que em 2016 esse total era de quase 62.000!

O gênero seguro, do qual integra a espécie saúde suplementar, rege-se pelo já mencionado princípio do mutualismo, pelo qual a

indenização excessiva, ou seja, paga sem o amparo do contrato, desfalca o fundo comum pertencente à coletividade de segurados, e que deve ser administrado com rigor técnico pela seguradora. Esse fundo comum, garantido pelas chamadas provisões técnicas, é atuarialmente calculado para fazer face ao pagamento de indenizações por eventos cobertos, isto, é por eventos que correspondam aos riscos particularizados nos contratos. Condenar o Segurador a pagar a mais é conduzi-lo à ruína financeira ou obrigar-lo a buscar superlativa elevação dos prêmios, tarefa ingrata por onerar os consumidores que não esperavam o acréscimo, e nem sempre possível que seja feita a tempo por depender dos interregnos temporais que habilitam reajustes de equilíbrio das apólices.

Embora pressuposto lógico, mas nem sempre conhecido, é de se ressaltar que o Segurador não paga do seu próprio bolso as indenizações a que se vê compelido a satisfazer, pois que os recursos advêm do conjunto dos consumidores, dos participantes das mutualidades, que, de resto, não são consultados sobre os pagamentos *ex gratia* a que o Segurador venha a ser condenado. Aliás, já é tempo de os brasileiros entenderem que o privilégio de alguns é o prejuízo da maioria, aforismo cada vez mais evocado quando se fala em Reforma da Previdência e em outros temas que envolvem as finanças de uma coletividade.

**Marcio Serôa de Araujo Coriolano**

*Presidente*

# Índice

---

## Editorial

Marcio Serôa de Araujo Coriolano .....	3
--	---

## Doutrina

Saúde suplementar: o dever de deferência às normas da ANS na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva .....	12

Prescrição quinquenal para o recebimento de soma no seguro de vida André Tavares .....	25
---	----

A penhorabilidade do imóvel de fiador de contrato de locação Sylvio Capanema .....	42
---	----

## Opinião

Os veículos autônomos e seus impactos no Mercado de Seguros Renato Chalfin .....	48
---	----

A ingestão de bebida alcóolica por terceiro condutor e a perda da garantia securitária Alex de Siqueira .....	83
--	----

O exercício irregular da atividade seguradora por associações de proteção veicular Rafaela Soares Barbosa .....	97
--	----

## Parecer

Regulação Econômica. Mercado de Saúde Suplementar Gustavo Binenbojm .....	124
--	-----

## Índice

---

### **Internacional**

Ley de Seguros nº 19.678. Síntesis de aspectos novedosos y destacables Andrea Signorino Barbat.....	182
--	-----

### **Legislação**

Alguns dos princípios do Novo Código de Processo Civil Luís Antônio Giampaolo Sarro .....	212
--	-----

Lei nº 13.709/2018 - é hora de prevenir Maria da Gloria Faria e Henrique Alberto Faria Motta.....	227
--	-----

Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD Angélica Carlini.....	234
---	-----

### **Jurisprudência Comentada**

Suicídio. O verbete da súmula nº 610 do STJ e o julgamento do Recurso Especial nº 1.334.005 de 2015 que lhe deu origem. Questões não mostradas nos julgados Ricardo Bechara Santos.....	260
--	-----





DOCTRINA

# **Saúde suplementar: o dever de deferência às normas da ANS na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça\***

**Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva\*\***

**Resumo:** Palestra em que são analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça que demonstram a adoção e aplicação da Teoria da Deferência por aquele tribunal superior, em casos específicos de contratos de planos de saúde. Estudo de julgados à luz da regulação administrativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Lei n.º 9.656, de 1998.

**Abstract:** Lecture in which the decisions of the Superior Court of Justice are analyzed and is demonstrated the adoption and application of the Theory of Deference by the higher court, in specific cases of health insurance contracts. Study of cases judged in light of the administrative regulation of the National Supplementary Health Agency and Law nº 9.656/1998.

**Palavras-chave:** Teoria da Deferência. Planos de Saúde. Tribunal Superior de Justiça.

**Keywords:** Theory of Deference. Health Insurance Plans. Superior Court of Justice.

## **Introdução**

Agradeço a oportunidade de ouvir exposições esclarecedoras e debater temas de grande relevância com público tão qualificado. Assisti ao último painel sobre seguro de garantia judicial e fiquei

---

\* Extraído da palestra proferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, no I Seminário Jurídico da CNseg, em 06 de dezembro de 2018, no Rio de Janeiro.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Johann Wolfgang von Goethe, em Frankfurt sobre o Meno, na Alemanha. Mestre pela Universidade Harvard, nos Estados Unidos. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

impressionado com os argumentos apresentados, com as discussões, com as ponderações feitas e com a análise percutiente da jurisprudência do STJ. É sempre interessante ouvir uma análise externa de como o STJ julga as questões que lhe são apresentadas.

O tema de que vou tratar diz respeito à judicialização da saúde, não na área da saúde pública, mas na área da saúde complementar. Vou discutir a evolução do tema na jurisprudência do STJ, procurando verificar se o dever de deferência do Judiciário às normas expedidas pelas agências reguladoras, especialmente a ANS, tem sido observado pelo STJ.

Com a emergência do Estado como ente regulador, por volta do final do século XIX, surgiu nos Estados Unidos um debate acerca do melhor modo de o exercer o controle jurisdicional das decisões administrativas e, sobretudo, sobre como fazer um controle adequado das decisões que incumbem ao Poder Executivo de maneira geral e, às agências reguladoras de modo específico.

Criou-se então a Teoria da Deferência, segundo a qual o Poder Judiciário, em vista da separação de poderes, da legitimação específica que tem o Poder Executivo para tomar decisões na esfera administrativa, e da expertise técnica de que são dotadas as agências reguladoras, deve prestar deferência às decisões e aos atos administrativos dessas agências.

Isto, obviamente, não significa que esses atos administrativos sejam inatacáveis, que não sejam passíveis de controle jurisdicional. Significa apenas que o ônus para que sejam de alguma maneira controlados é muito maior, e o Poder Judiciário, em princípio, deve deferência à autoridade administrativa.

Em abril de 2019 completam-se trinta anos da instalação do STJ. Nesse período, houve grandes transformações em nosso ordenamento. Basta lembrar, resumidamente, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. É natural, assim, que tenha ocorrido grande oscilação na jurisprudência dos tribunais, num verdadeiro movimento pendular.

Assim, o STJ foi criado em uma época em que a regulação sobre os planos de saúde era ainda praticamente inexistente, antes da edição da lei dos planos de saúde e da criação da ANS, e começou a ampliar, talvez desmedidamente segundo alguns doutrinadores, o rol

de direitos dos consumidores sem exigência de contrapartida, o que teve implicações inegáveis no custo dos planos de saúde. Os planos de saúde individuais, por exemplo, tornaram-se quase inexistentes na atualidade, em decorrência da jurisprudência extremamente protetiva que se acabou criando no STJ, entre outros fatores que certamente contribuíram para isso.

Em minha exposição, procurarei demonstrar que o STJ tem aplicado a Lei n. 9.656, de 1998, a chamada Lei de Planos de Saúde e a regulação feita pela ANS de maneira muito próxima à que se pratica nos EUA, ou seja, com a deferência que se deve prestar às decisões da agência reguladora.

Depois de um breve comentário sobre o poder regulatório da ANS, falarei de alguns julgados do STJ, da Terceira e da Quarta Turma, que integram a Segunda Seção, competente para julgar as questões de Direito Privado. Tratarei desses precedentes em quatro blocos que se referem à cobertura dos planos de saúde, à manutenção do aposentado e do demitido sem justa causa em plano de saúde coletivo, à migração do plano de saúde, à portabilidade da carência e, por fim, às mensalidades e ao custeio dos planos de saúde, procurando demonstrar sempre que há um diálogo efetivo da nossa jurisprudência do STJ com a atividade regulatória da ANS, e nunca um monólogo.

Como se sabe, a Lei nº 9656, de 1998, determina que a Agência Nacional de Saúde Suplementar faça a fiscalização e a edição de normas sobre qualquer modalidade de produtos, serviços ou contratos que estejam no campo de alcance dessa lei. O setor de saúde suplementar está entre os mais densamente regulados. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, que tem uma intensa produção normativa, atua em todo o território nacional como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.961/2000.

## **1. Cobertura nos planos de saúde**

Começo com a cobertura nos planos de saúde do tratamento psicoterápico e do número máximo de sessões obrigatórias a partir da entrada em vigor da Lei n.º 9.656, de 1998.

Compete à ANS fixar parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde (art. 4º, V, da Lei nº 9.961/2000). Dentre esses parâmetros figura o número sessões de psicoterapia

que pode ser exigido das operadoras de planos de saúde. A cobertura mínima obrigatória, em tais casos, inicialmente estabelecida em 12 sessões de psicoterapia por ano de contrato (RN ANS nº 338/2013), foi ampliada, dois anos depois, para 18 consultas anuais (RN ANS nº 387/2015).

A despeito da reverência prestada à agência reguladora, entendeu a Terceira Turma do STJ que, após a Lei nº 10.216/2001, que promoveu reforma psiquiátrica e instituiu os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, é necessário articular os modelos assistenciais público, privado e suplementar na área da saúde mental. Como os tratamentos psicoterápicos são contínuos e de longa duração, não é razoável limitar seu custeio ao mínimo obrigatório determinado pela agência reguladora. Não é tampouco razoável exigir que as operadoras arquem sozinhas com o custo das sessões que excederem o parâmetro anual.

Decidiu-se, assim, que a quantidade de consultas psicoterápicas que ultrapassar as balizas de custeio mínimo obrigatório deverá ser suportada tanto pela operadora quanto pelo usuário, em regime de coparticipação, aplicando-se, por analogia, com adaptações, o que ocorre nas hipóteses de internação em clínica psiquiátrica, especialmente o percentual de contribuição do beneficiário (arts. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998; 2º, VII e VIII, e 4º, VII, da Resolução CONSU nº 8/1998 e 22, II, da RN ANS nº 387/2015) (REsp 1.679.190/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 2/10/2017).

É claro desse exemplo que o Tribunal, ao analisar a matéria trazida à sua apreciação, levou em conta toda a legislação aplicável, inclusive as normas editadas pela agência reguladora. Dessa interpretação sistemática resultou o entendimento de que deveria ser aplicada à hipótese, por analogia, o regramento incidente sobre as internações psiquiátricas, a fim de que os tratamentos psicoterápicos, quase sempre de longa duração, não tivessem frustrado seu objetivo de restabelecer a saúde mental do paciente ante a limitação uniforme da cobertura mínima de sessões de terapia.

O outro exemplo que pode ilustrar esse diálogo da jurisprudência, do controle jurisdicional do ato administrativo com a normatização da agência, é um pouco mais tenso. Trata-se da questão do homecare ou tratamento domiciliar.

Como todos sabem, temos no Brasil, e em quase todo o mundo, um modelo de atenção à saúde que se caracteriza fundamentalmente como “hospitalocêntrico”, porque foca as atenções no tratamento hospitalar, sem levar em conta que muitas vezes o tratamento domiciliar pode trazer maiores benefícios para o paciente e, até mesmo, menores custos para o tratamento, razão pela qual tem sido recomendado por profissionais da saúde, em vários lugares do mundo e também no Brasil.

A agência tem uma disciplina que procura definir alguns critérios, pelos quais seja razoável admitir a utilização de homecare, e esses critérios acabaram sendo materializados num julgado Terceira Turma, em 2015, em que se procurou definir que na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida sempre como conversão da internação hospitalar, ou seja, não como um primeiro passo do tratamento. Além disso, só será admitido o uso de homecare se houver demonstração de condições estruturais na residência do paciente e, em segundo lugar, da real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente.

Deverão ocorrer, ainda, indicação do médico, expressa solicitação da família, expressa concordância do paciente sempre que ele puder se manifestar e, por fim, não afetação do equilíbrio contratual, para que o custo diário do atendimento domiciliar não supere o custo diário do hospital. Em 2015, o STJ, por sua Terceira Turma, fixou esses critérios e acreditou que havia solucionado o impasse. Mas, outros casos surgiram que fogem dessa orientação.

Recentemente julgamos um caso limítrofe, no Rio de Janeiro, de um conhecido artista que ficou tetraplégico e exigia cuidados especiais prolongados, no qual já havia sido celebrado um acordo da seguradora com o paciente; porém, mesmo assim, foi judicializado. E naquele caso, em vista das peculiaridades, o STJ também pela Terceira Turma, entendeu por ampliar um pouco esses critérios porque existiam elementos concretos para isso.

Tem havido alguns poucos casos que subvertem a lógica de que a internação domiciliar deve ser sempre precedida de internação hospitalar. Em regra, a internação domiciliar não deve ser o primeiro cuidado que se obtém.

De que maneira as decisões que ampliaram os critérios poderão significar a erosão da jurisprudência que se entendia sólida, ainda é

cedo para avaliar. Parece-me, a rigor, que foram alguns poucos casos isolados, mas que os critérios ainda são suficientes para orientar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, nas duas sessões de Direito Privado do STJ.

Ainda tratando de cobertura nos planos de saúde, uma questão muito importante também, diz respeito ao medicamento importado sem registro na ANVISA. Aqui o diálogo ocorre com a Resolução Normativa nº 387, de 2015, que não admite que haja obrigatoriedade de cobertura nessas hipóteses.

Quando não houver registro na ANVISA, o medicamento importado não pode ser fornecido, não há obrigação da operadora de saúde em fornecer tal medicamento, até por questões de controle sanitário. Isso está cristalizado na jurisprudência do STJ.

Outro caso, que desafia os limites do diálogo da jurisdição com a atividade da agência, é a questão dos tratamentos experimentais. Aqui há um precedente da Quarta Turma do STJ, de relatoria da Ministra Isabel Galotti, no qual se entendeu que há legítima recusa do plano de saúde para custeio de medicamento não registrado na ANVISA. Isso foi materializado depois em recurso repetitivo de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, julgado em novembro de 2018, cuja tese vinculante é no sentido de que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA.

Quanto à questão das próteses e órteses ligadas ao ato cirúrgico e a obrigatoriedade, ou não, de resarcimento ao SUS, lembro o Recurso Especial nº 1.473.846, de São Paulo, julgado pela Terceira Turma do STJ, no qual se tratou especificamente de fasectomia e das correspondentes lentes intraoculares. Aqui ocorreu uma revisão do entendimento da ANS e, nesse sentido, o julgado afirma que até o início de 2008 havia dúvida razoável quanto à abusividade da negativa de cobertura das próteses ligadas à facectomia, para os contratos dos planos de saúde anteriores à edição da Lei nº 9.656, de 1998.

Essa dúvida somente foi superada com a revisão de entendimento da ANS sobre o tema, de forma que, no caso julgado e que ora utilizamos como paradigma, a operadora, ao optar pela restrição contratual, não incorreu em nenhuma prática socialmente execrável, e tampouco foi atingida de modo injustificável a esfera moral da comunidade; descharacterizado, portanto, o pedido de dano moral coletivo.

O julgado afirma que não houve intenção deliberada, por parte da demandada da seguradora do plano de saúde, em violar o ordenamento jurídico, para obter lucros predatórios em detrimento dos interesses transindividuais dos usuários dos planos de saúde.

Decidiu o STJ, ainda, que não havia que se falar em ressarcimento ao SUS quanto aos custos de implantes das lentes intraoculares de usuários que procuraram a saúde pública para realizar a cirurgia de catarata, visto que as operadoras não podem ser sancionadas por seguirem diretrizes da própria administração. Somente após a revisão de entendimento da ANS a respeito da legalidade da cláusula que afasta a cobertura de prótese ligada a vasectomia, em contratos anteriores à Lei n.º 9.656, de 1998, é que poderá ser cobrado da operadora o reembolso pelas despesas feitas a esse título pelo SUS, e segundo normas expedidas pelo próprio ente governamental regulador. Houve, portanto, estrita aderência às normas da agência.

Questão igualmente relevante no campo de coberturas dos planos de saúde diz respeito a fertilização in vitro e inseminação artificial. Em situações dessa natureza, entendeu a Terceira Turma do STJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que não há abusividade na cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde a inseminação artificial e também a fertilização in vitro, tendo em vista que há alternativas que são previstas no rol de procedimentos, e na norma regulamentar da Resolução Normativa nº 338/2013 da ANS.

Outro exemplo, ainda, refere-se a obesidade mórbida, a internação em clínica de emagrecimento, e a diferenciação entre restrições aos custos de tratamento estético com a internação em clínica de emagrecimento, no caso de obesidade mórbida. Entendeu a Terceira Turma do STJ que havendo indicação médica para tratamento da obesidade mórbida, ou severa, por meio de internação em clínica de emagrecimento, não cabe à operadora negar a cobertura sob o argumento de que o tratamento não seria adequado ao paciente.

Outro caso relativo a cobertura de plano de saúde (REsp 1.673.822/RJ), trata de prótese ligada ao ato cirúrgico e à diferenciação de prótese de substituição. Essas últimas não são passíveis de cobertura; portanto, as cláusulas contratuais que as excluem não são abusivas, somente sendo exigível a cobertura

pela operadora de saúde das próteses ligadas ao ato cirúrgico, nos termos da norma da agência (RN nº 428/2017).

Uma exceção encontra-se na decisão do Recurso Especial nº 1.731.762/GO, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em maio de 2018, que trata de órtese substitutiva de cirurgia, uma órtese craniana, caso muito específico, em que a criança depois da cirurgia necessitava de capacete, uma órtese que serve para proteger a caixa craniana. Nesses casos, entre outros, o diálogo fica mais tenso entre a jurisdição e a regulação, como também ocorre no caso dos medicamentos off label que, todos sabem, são aqueles usados fora da recomendação da bula.

No caso de medicamentos off label, trago o exemplo do Recurso Especial nº 1.721.705/SP, julgado em 28 de agosto de 2018, também da Terceira Turma do STJ e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se faz menção à Resolução Normativa nº 338 de 2013 da ANS, que disciplina o tratamento experimental como aquele que não possui as indicações descritas na bula ou no manual registrado na ANVISA.

Aqui, então, procedeu-se ao controle da legalidade da norma regulamentar. E o entendimento unânime foi no sentido de que o conceito contido no artigo 10, inciso I, da Lei nº 9.656 de 1998, é diverso daquele contido na norma regulamentar. Portanto, o caráter experimental não é exatamente aquele que é disciplinado pela norma regulamentar e, por isso, foi admitido que a seguradora fosse obrigada a pagar por esse medicamento.

O caso era de tratamento de um carcinoma cerebral por medicamento também recomendado para outra modalidade muito assemelhada, o que afastava, *prima facie*, o caráter experimental que seria necessário para caracterizar a hipótese da cláusula que exclui cobertura do medicamento off label. Posteriormente, ocorreram outros casos em que essa diferenciação se tornou mais complexa, e isso poderá gerar um possível aumento de demandas na primeira instância do Poder Judiciário.

Há, ainda, o Recurso Especial nº 1.762.313/MS, que trata da não abusividade da cláusula que exclui a realização de exames no exterior. E outro julgado recente, no Recurso Especial nº 1.764.859, de relatoria do Ministro Bellizze do STJ, que causou perplexidade aos que não acompanham a normatização bastante densa do setor,

e que diz respeito à limitação de atendimento a 12 horas para os casos de urgência/emergência tratados na Resolução Normativa nº 428, artigos 21 e 22. Nesse julgado foi feita uma distinção bastante clara, entre o atendimento ambulatorial e o atendimento hospitalar de que trata a SÚMULA 302 do STJ, que veda a limitação temporal ao atendimento hospitalar, mas não ao atendimento ambulatorial. Assim, foi considerada lícita a cláusula que limita a 12 horas o atendimento ambulatorial.

## **2. Manutenção de aposentado e demitido sem justa causa em plano coletivo (artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998)**

Outra questão relevante e que tem sido apreciada pelo STJ inúmeras vezes diz respeito à manutenção do aposentado e do demitido sem justa causa, em plano de saúde coletivo, objeto dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, e que também é objeto de disciplina pela ANS, remete à definição do prazo para manifestação do usuário que deseje permanecer no plano. A Terceira Turma, no REsp 1.237.054/PR, seguiu o disposto na norma regulamentar (RN 275/2011), vale dizer, a contagem de tal prazo só começa a partir da comunicação inequívoca ao ex-empregado sobre a opção de manutenção da condição de beneficiário de gozava quando da vigência do contrato de trabalho.

Um julgado sobre os artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, proferido no Recurso Especial de nº 1.594.346, também em deferência à norma regulamentar e à lei, entendeu que sempre que se tratar de uma situação em que a contribuição for exclusiva do empregador, não há direito do aposentado à manutenção do plano de saúde. Essa decisão contrariou a jurisprudência de alguns tribunais de apelação.

A matéria chegou a ser objeto de recursos repetitivos julgados em agosto de 2018 (REsp 1.680.318 e 1.708.104/SP), cuja tese foi:

*nos planos de saúde coletivo custeados exclusivamente pelo empregador, não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição, o pagamento apenas de coparticipação tampouco se enquadrando como salário indireto, ou seja, foi uma tese*

*que abrangeu vários subtemas que vinham sendo tratados em milhares de ações e com isso, esperamos ter pacificado algumas das questões atinentes a isso.*

Nesse momento, o STJ entendia como já relativamente pacificada a questão com o julgamento mencionado, que trata de um modelo de custeio para os servidores inativos e, nesse sentido, o julgado consolidava, em consonância com a norma da agência, que não há direito adquirido ao modelo de custeio, devendo se evitar a onerosidade excessiva e a discriminação ao idoso, embora o modelo de custeio exigido do inativo não possa ser necessariamente igual àquele do trabalhador ativo.

Por outro lado, essa questão foi discutida no julgamento do Recurso Especial nº 1.713.619/SP, relatado pela Ministra Nancy Andritchi, em que se entendeu que as mesmas condições e o pagamento integral a que se referem os artigos 30 e 31 da lei de planos de saúde, não tiveram a mesma disciplina em a norma regulamentar. Portanto, em controle de legalidade, entendeu-se que o preço cobrado dos servidores inativos no plano fornecido pela empregadora não pode ser muito discrepante daquele valor que se cobrava dos trabalhadores na ativa.

Do ponto de vista qualitativo, não havia dúvida de que a manutenção de um plano para os inativos, ainda que por outra operadora, devesse observar os mesmos critérios, o mesmo padrão de qualidade. Havia dúvida quanto ao custeio, e os julgados mais recentes do STJ apontam para um controle maior dessa dimensão de preço, dessa dimensão quantitativa da manutenção dos servidores.

### **3. Migração de plano de saúde e portabilidade de carência**

Quanto ao tema da migração do plano de saúde e da portabilidade da carência, também se constata em julgado ao Recurso Especial nº 1.592.278 um diálogo muito próximo da jurisdição com as normas editadas pela ANS, especificamente nas Resoluções nºs 279 e 186, que tratam do término do direito de prorrogação do plano coletivo empresarial para demitidos, e também da portabilidade.

Entendeu-se no julgado que a operadora pode encerrar contrato de assistência e saúde do trabalhador demitido sem justa causa, após o exaurimento do prazo legal de permanência temporária no plano coletivo, não havendo nenhuma abusividade em tal ato ou

ataque aos direitos do consumidor, sobretudo em razão da extinção do próprio direito assegurado pelo artigo 30 da Lei nº 9.656, de 1998, aplicando-se à hipótese o artigo 26, inciso I da Resolução nº 279/2011 da ANS. Outros julgados que tratam da portabilidade da carência e a migração de categorias de planos da mesma operadora, estão em consonância com a norma regulamentar, como, por exemplo, os REsps 1.525.109/SP e 1.471.569/RJ.

#### **4. Mensalidades e custeio dos planos de saúde**

Por fim, no tocante ao tema das mensalidades e do custeio dos planos de saúde, um precedente da Terceira Turma no julgamento do Recurso Especial nº 2015.1.479.420, julgado em 01/09/2015, trata da exceção da ruína, e afirma que não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original, caso isso signifique a exceção da ruína, sobretudo se comprovadas a ausência de má-fé, a razoabilidade das adaptações, e a inexistência de vantagem exagerada de uma das partes em detrimento da outra. Nessa situação, entendeu o julgado que é premente a alteração do modelo de custeio do plano de saúde para manter o equilíbrio econômico contratual e sua continuidade, garantidas, ainda, as mesmas condições de cobertura nos termos dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9656, de 1998.

Há, ainda, outro precedente que trata de coparticipação em percentual sobre o custo de tratamento. Como asseverado no REsp 1.566.062/RS, nos termos da lei e das normas regulatórias, admite-se a coparticipação do beneficiário em percentual sobre o custo do tratamento, sendo esta apenas vedada em casos de internação.

Cabe também lembrar o recurso repetitivo sobre a aplicação do Estatuto do Idoso e reajuste de faixa etária. No REsp 1.568.244/RJ, restou fixada a tese de que o reajuste da mensalidade do plano de saúde individual/familiar, fundado na mudança de faixa etária, é válida, desde que haja previsão contratual, que sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores, e que não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Vale mencionar também dois julgados que dizem respeito ao reembolso das situações de urgência/emergência, nos termos do artigo 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, e da Resolução 13 do Conselho

de Saúde Suplementar (CONSU), bem como as situações em que há agrupamento de contratos nos planos coletivos com menos de 30 beneficiários (RN 309/2012), respectivamente os REsp 1.286.133/MG e 1.533.013/SP.

## Conclusão

Existem vários outros precedentes do STJ que tratam de temas relevantes e que poderiam ter sido trazidos à análise, como a cláusula de remissão diante da morte do titular, o contrato de credenciamento de prestador e sistema de parceria, alienação da carteira de planos individuais, a responsabilidade das administradoras, a questão dos planos de autogestão.

Enfatizo, a esse propósito, que houve mutação jurisprudencial significativa no STJ, que no início aplicava o CDC, indistintamente, a todos os planos de saúde até que, em 2018, foi editada a SÚMULA 608 que cristalizou o entendimento de que o CDC é aplicável aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

O fundamental é ressaltar que o STJ, na qualidade de Tribunal encarregado de uniformizar a lei federal no país, tem observado entendimento uniforme sobre o modo pelo qual se exerce o controle jurisdicional dos atos administrativos, em consonância com ao dever de deferência aos atos das agências reguladoras.

Na área da saúde suplementar, pode-se ver dos julgados trazidos a lume que o STJ tem mantido fecundo diálogo com as normas emanadas da ANS, o que é fundamental para garantir segurança jurídica, previsibilidade, sustentabilidade das operadoras dos planos de saúde e também a garantia dos contratos e direitos dos consumidores. O dever de deferência às normas editadas pelas agências foi reforçado com a modificação da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, cujos artigos 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas, que passam também a ter o ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas, como para o Judiciário, que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

Com isso, a jurisprudência tenderá a tornar-se mais previsível, e

menos suscetível a mudanças de maior porte que possam prejudicar a estabilidade dos contratos.

Muito obrigado a todos pela paciência.

# Prescrição quinquenal para o recebimento de soma no seguro de vida

André Tavares\*

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto a análise do prazo prescricional para o exercício da pretensão para o recebimento de capital segurado pelo beneficiário do seguro de vida, em caso de morte do segurado, sob o enfoque da eficácia executiva da apólice de seguro de vida em caso de morte (Código de Processo Civil, art. 784, VI), que possui a inequívoca natureza de título executivo extrajudicial, razão pela qual o prazo aplicável à pretensão para o recebimento do capital segurado deve ser o previsto no art. 206, §5º, do Código Civil, segundo o qual prescreve *em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.*

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the statute of limitation for the exercise of the claim for the receipt of insured capital by the life insurance beneficiary, in case of death of the insured, under the focus of the executive effectiveness of the life insurance policy in case of death (Code of Civil Procedure, article 784, VI), which has the unequivocal nature of an extrajudicial executive title, which is why the term applicable to the claim for the receipt of the insured capital must be that set forth in art. 206, §5, of the Civil Code, which prescribes “in five years: I - the claim for the collection of net debts contained in a public or private instrument.”

**Palavras-chave:** seguro de vida, capital segurado, prazo prescricional, quinquenal, código civil, título executivo extrajudicial.

**Keywords:** life insurance, insured capital, statute of limitation, five-yearly, civil code, extrajudicial enforceable title.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Sistema de proteção aos beneficiários no seguro de vida em caso de morte; 3. Prescrição do beneficiário. Breves notas; 4. Apólice de seguro de vida. Título executivo extrajudicial; 5. Prescrição do beneficiário. Prazo quinquenal; 6. Conclusão.

---

\* Advogado.

## 1. Introdução

Uma discussão, ainda não superada no Direito de Seguros, diz respeito ao prazo prescricional para o exercício da pretensão para o recebimento de capital segurado pelo beneficiário do seguro de vida, em caso de morte do segurado. Enquanto parcela da doutrina defende a aplicação do prazo trienal disposto no art. 206, §3º, IX, do Código Civil, atinente à *pretensão do beneficiário contra o segurador*, a jurisprudência pátria, principalmente a do Superior Tribunal de Justiça, entende que a presente hipótese não se submete à regra, de modo que, sobre ela, deve incidir o comando geral do art. 205 do Código Civil, de dez anos.

Em que pesem as razões que fundamentam cada um desses entendimentos, a realidade é que o tema jamais foi vislumbrado sob o enfoque da eficácia executiva da apólice de seguro de vida em caso de morte (Código de Processo Civil, art. 784, VI), que possui a inequívoca natureza de título executivo extrajudicial. A partir dessa premissa, o prazo aplicável à pretensão para o recebimento do capital segurado deve ser o previsto no art. 206, §5º, do Código Civil, segundo o qual prescreve *em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular*.

A lei, ao atribuir eficácia executiva à apólice de seguro de vida, erigindo-a categoria de título executivo extrajudicial – além de distinguir essa espécie de seguro como fonte obrigacional de dívida líquida do segurador (o que não ocorre em outras espécies de seguro nos quais se faz imprescindível à apuração do dano, da responsabilidade, ou do grau de invalidez do segurado), conferiu elevada valoração jurídica ao recebimento dessa verba, a despeito de qualquer outra de titularidade do segurado ou do beneficiário, nas relações jurídicas decorrentes do contrato de seguro<sup>1</sup>. Essa diferenciação afigura-se justa e convergente com o subsistema normativo de proteção ao beneficiário.

Mas, por outro lado, impõe-se igualmente como jurígeno o reconhecimento de que se aplique o prazo prescricional para o exercício da pretensão executiva, se fundada em título executivo extrajudicial (no caso, a apólice de seguro de vida em caso de morte). O correto resultado da equação – efetividade do recebimento da soma segurada vs redução do prazo para o exercício dessa pretensão pela

---

1 - O segurador pode propor ação pela via executiva para cobrar o prêmio do seguro, nos termos do art. 27 do Decreto-lei nº 73/66, segundo o qual *serão processadas pela forma executiva as ações de cobrança dos prêmios dos contratos de seguro*.

via executiva – resulta em equilíbrio entre os direitos de crédito do beneficiário e a necessária segurança jurídica para a gestão das reservas do fundo mútuo.

## **2. Sistema de proteção aos beneficiários no seguro de vida em caso de morte**

O seguro de vida é reconhecido como o meio historicamente e universalmente utilizado para prestar assistência aos familiares que persistem ao luto de um ente querido, em geral o provedor (ou um dos provedores) da família, com presumível capacidade econômica para contratar um seguro, nomeando-os beneficiários da garantia. PEDRO ALVIM comprehende essa proteção financeira como a ... *finalidade do seguro, que é criar um fundo alimentar para o beneficiário, e não um meio de pagamento de suas dívidas.* (O Seguro e o novo Código Civil, 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 171). O seguro de vida instrumentaliza, portanto, o dever alimentar, corolário do princípio da solidariedade, a socorrer, de forma direta e imediata, os vitimados de uma trágica perda próxima.

Os ordenamentos jurídicos hodiernos costumam contemplar um conjunto de regras que se estruturam em um subsistema protetivo ao beneficiário do seguro de vida, cujo direito ao recebimento do capital segurado exsurge, caso o segurado seja vítima do infortunado sinistro de morte. O subsistema, na legislação brasileira, assenta-se sobre dois eixos conceituais: (a) proteção à higidez do capital segurado (*Código Civil, art. 794 c/c art. 795 c/c Código de Processo Civil, art. 833, VI*); e (b) efetividade ao recebimento do capital segurado (*Código Civil, art. 794 c/c Código de Processo Civil, art. 784, VI*).

A assistência alimentar à família revela-se inquestionavelmente como sendo o interesse preponderante nas normas de seguro atinentes à matéria<sup>2</sup>. Por mais que seja livre a designação de beneficiário (*Código Civil, art. 791 c/c 792, primeira parte*), na ausência ou não prevalecendo, por qualquer motivo, o beneficiário declarado, *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* (*Código*

---

2 - *Com pequenas parcelas periódicas que são pagas ao segurador, a título de prêmio, o segurado constitui, desde logo, um capital que será entregue aos beneficiários após sua morte, se não preferir seu recebimento em vida. Há interesse público de incentivar a expansão desse seguro. Ele contribui para a estabilidade da família e fomenta o espírito de previdência no meio social.* (ALVIM, Pedro. Op. cit., p. 169).

Civil, art. 792, segunda parte). Constan da lei, ainda, na modalidade de seguro sobre a vida de outrem – contratado pelo beneficiário em seu favor e vinculado ao risco de terceiro segurado –, a presunção de interesse na preservação da vida do *cônjugue, ascendente ou descendente do proponente* (Código Civil, art. 790); e a impossibilidade de designação de companheiro como beneficiário, *se ao tempo do contrato o segurado [não] era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato* (Código Civil, art. 793).

Esclareça-se que o beneficiário do seguro de vida recebe os termos da contratação em seu favor, em modalidade própria de estipulação em favor de terceiro (Código Civil, art. 436 e ss.). No negócio jurídico de estipulação em favor de terceiro, o *estipulante* contrata perante o *promitente* prestação em favor de *terceiro* que, sem ser submetido aos deveres contraprestacionais da estipulação, recebe-a de forma gratuita e sem ônus. Deve, por outro lado, submeter-se às bases previamente definidas no contrato, podendo o promitente opô-las ao terceiro/beneficiário (Código Civil, art. 436, parágrafo único)<sup>3</sup>. Nesse sentido, CARVALHO SANTOS entende que *a nosso ver, têm cabimento com relação à exceptio inadimulti contractus, que, em regra, pode ser oposto pelo promitente ao terceiro beneficiário no caso de inadimplemento do estipulante*<sup>4</sup>.

O art. 794 do Código Civil, – segundo o qual *o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito*, – serve de arcabouço ao subsistema protetivo ao beneficiário e deve ser encarado sob um prisma dual: jurídico e teleológico<sup>5</sup>.

---

3 - o terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigir-lá, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir; e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

4 - *Direito das Obrigações* – Arts. 1.079-1.121, v. XV, 7<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1964, p. 311.

5 - *Vale dizer, o seguro de vida pode ser um remanso seguro contra os credores do segurado, quando se coteja, de um lado, o postulado o qual a garantia dos credores é o patrimônio do devedor, e de outro, a premissa de que o seguro de vida não faz parte desse patrimônio, mas é obrigação assumida pelo segurador de pagar o capital a um terceiro, beneficiário do segurado, cuja condição era a morte do instituidor. Por isso que na doutrina de CLOVIS BEVILÁQUA e AMILCAR DE CASTRO essa soma devida ao beneficiário passa diretamente do patrimônio da seguradora para o do beneficiário, porque do patrimônio do segurado para o da seguradora passa apenas o valor do prêmio, enquanto o patrimônio da seguradora para o do segurado não passa nem pode passar qualquer valor, salvo, como já se esclareceu, nos segurados de sobrevivência e nos casos de invalidez.* (SANTOS, Ricardo Bechara, Op. cit., p. 408).

Juridicamente, a não sujeição do capital segurado às dívidas do segurado ou aos efeitos da herança decorre, justamente, da natureza autônoma da estipulação em favor de terceiro. O objeto da estipulação jamais integrou o patrimônio do estipulante, configurando direito próprio do beneficiário, exercitável quando adimplida a condição suspensiva (Código Civil, art. 121) prevista no contrato de seguro (ocorrência do risco morte). Teleologicamente, apresenta-se como norma de ordem pública, cuja finalidade é a de proteger, de forma imediata, a família do segurado, ante a criação de um *fundo alimentar*<sup>6</sup>, e, mediatamente, cumprir com a *função* (Código Civil, art. 421) da seguridade social privada, na medida em que manterá a subsistência dos que dela necessitam e, assim, possibilitará que supram as suas necessidades básicas e continuem com suas rotinas dentro da normalidade possível.

Compõem o subsistema de proteção ao beneficiário a norma do art. 795 do Código Civil – *é nula, no seguro de pessoa, qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado*<sup>7</sup> – e as normas processuais atinentes à impenhorabilidade do seguro de vida (Código de Processo Civil, art. 833, VI)<sup>8</sup> e à instituição da apólice de seguro de vida como título executivo extrajudicial (*ibidem*, art. 784, VI).

A legislação privilegia a preservação do capital segurado em sua

---

6 - Segundo a feliz expressão de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (cf. *Curso de Direito Processual Civil*, 46<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. II, 2011, p. 287).

7 - Há que se louvar o legislador pelo estabelecimento dessa regra altamente moralizadora do contrato de seguro de pessoa. Realmente, sendo seguro de soma em que, raramente, se discute o valor a ser pago, em se realizado o sinistro, não há razão para se permitir transação para pagamento reduzido do capital segurado.

A norma é imperativa, devendo ser aplicada mesmo quando a transação é feita em juízo, com homologação por sentença. Sobre o valor do capital não há transação possível. (TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., PIMENTEL, Ayrton; *O Contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. Editora Roncarati, São Paulo, p. 182).

8 - O valor relativo ao seguro de vida é impenhorável. Destaque-se que é irrelevante o valor do prêmio [sic; soma segurada], porquanto o legislador não estabeleceu qualquer exceção em relação ao seguro de vida. Importante ressaltar que partiu o legislador da premissa de que o valor relativo ao seguro de vida tem a finalidade de propiciar a subsistência do beneficiário. Por outras palavras: tem a mesma razão essêndi dos alimentos. (HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de Execução Civil*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 245).

inteireza quando (a) o afasta do alcance das dívidas do segurado; (b) o distingue da herança – ressalvando-o de uma partilha indesejada pelo segurado (e necessariamente morosa) –; e (c) determina a impenhorabilidade da verba. Nesse mesmo sentido, as normas legais tornam efetivo o recebimento do capital segurado, quando (a) o diferenciam da herança – de modo que possa ser recebido diretamente e de forma célere, ao largo do processo de inventário; e (b) proporcionam o seu recebimento pela via executiva, caso o segurador recuse-se a pagar na forma e nos prazos determinados pela regulamentação do setor (Resolução CNSP 117/04, art. 50 e §§).

Vê-se, portanto, que a adoção pelo legislador da via executiva para o recebimento da soma segurada no seguro de vida converge ao subsistema ético-normativo e decorre de uma visão protetiva do beneficiário como destinatário de assistência no momento do óbito do segurado. Justifica-se plenamente, portanto, a instituição, por lei, da apólice de seguro de vida, em caso de morte, como título executivo extrajudicial.

### **3. Prescrição do beneficiário. Breves notas**

O prazo prescricional da pretensão do beneficiário no seguro de vida facultativo não se mostra assunto tranquilo no Direito de Seguros brasileiro. O Código Civil contempla hipótese específica de prazo prescricional para o exercício da pretensão do beneficiário contra o segurador. O art. 206, §3º, IX, prevê que prescreve em três anos *a pretensão do beneficiário contra o segurador; e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório* (sublinhou-se).

A doutrina defende a pertinência desse prazo extintivo à figura do beneficiário do seguro de vida facultativo contra o segurador<sup>9</sup>. Por algum tempo, os tribunais seguiram essa orientação<sup>10</sup>, mas, atualmente – capitaneados pelo Superior Tribunal de Justiça –, utilizam a regra

9-*Quando se trata de morte, o beneficiário, segundo o artigo 206, §3º, IX, do Novo Código Civil, teria o prazo de três anos para cobrar o capital segurado a partir do momento da ciência do óbito, ou a partir do momento em que o beneficiário tiver conhecimento da existência do seguro contratado pelo falecido, sem o qual a sua pretensão não poderia ser despertada, muito menos exercida.* (SANTOS, Ricardo Bechara; *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*; Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 464).

10-*SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - EXECUÇÃO MOVIDA PELA BENEFICIÁRIA DO SEGURADO - PRAZO PRESCRICIONAL QUE ERA DE 20 ANOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, TENDO SIDO REDUZIDO PARA 3 ANOS*

geral do art. 205 do Código Civil<sup>11</sup> para considerar decenal o prazo para o exercício da pretensão do beneficiário contra o segurador, majoritariamente para fins de recebimento do capital segurado.

A jurisprudência mais atual do Superior Tribunal de Justiça – talvez influenciada pelos precedentes veiculados anteriormente ao Código Civil de 2002<sup>12/13</sup>, – entende que a incidência da regra geral do art. 205 do Código

PELO ARTIGO 206, §3º, INCISO IX, DO ATUAL CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 2.028 DO CÓDIGO CIVIL - EXECUÇÃO PROMOVIDA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL - ALEGAÇÃO DE QUE A INDENIZAÇÃO POR MORTE ACIDENTAL NÃO É DEVIDA EM RAZÃO DO SEGURADO ESTAR CONDUZINDO O VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL - SITUAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO RETIRA O DIREITO À INDENIZAÇÃO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E A EMBRIAGUEZ - AUSÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. *Apelação improvida (Apelação nº 992070013321, TJSP, Des. Rel. Jayme Queiroz Lopes Filho, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 04.02.10). (sublinhou-se)*  
AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO - BENEFICIÁRIO - PRESCRIÇÃO - ART. 206, §3º, IX, CÓDIGO CIVIL/2002. *Não incide para o beneficiário de contrato de seguro de vida em grupo a prescrição anual prevista no art. 206, §1º, II, do CC/2002, que se restringe às pretensões do segurado contra o segurador. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, estabeleceu-se prazo prescricional específico de 3 (três) anos para pretensão do beneficiário do seguro em face da seguradora, conforme se depreende da leitura do art. 206, §3º, IX, do CC/2002.* (Apelação nº 1.0194.06.065319-4/001(1), TJ/MG, Des. Rel. Márcia de Paoli Balbino, j.06.06.07) (sublinhou-se)

11 - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe tenha fixado prazo menor.

12 - Outra questão bastante discutida foi acerca do prazo prescricional da pretensão do beneficiário para haver o pagamento do seguro estipulado com terceiro. Argumentou-se que não poderia ser estendido o prazo de um ano disposto nos arts. 178, §6º, II, do CC/1916, pois sendo princípio trivial de direito que os dispositivos prescricionais devem ser interpretados restritivamente, o artigo em questão só deveria ser aplicado nas ações do segurado contra a seguradora, não podendo ser abrangida a hipótese não prevista na norma. Dessa forma, os tribunais vinham adotando o entendimento de que o prazo prescricional da pretensão do beneficiário era vintenária, pois incidia o prazo geral estabelecido no art. 177 do CC/1916. O STJ manifestou-se reiteradamente nesse sentido, apontando que, além do princípio acima referido, outra razão para excluir o beneficiário do exíguo prazo anual é que, muitas vezes, o terceiro beneficiário não participa do contrato e poderia até mesmo desconhecer essa sua condição. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Maria Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de,. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 416.)

13 - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC)

Civil justifica-se na medida em que o comando do art. 206, §3º, IX, do Código Civil refere-se à pretensão do beneficiário da indenização em caso de morte no seguro de responsabilidade civil obrigatório DPVAT<sup>14</sup>.

O entendimento da Corte Superior parece desconsiderar a

---

*- AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA AJUIZADA PELO BENEFICIÁRIO DA APÓLICE DE SEGURO DE VIDA – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.*

1. *Violão do art. 535 do Código de Processo Civil não configurada. É clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.*

2. *Prazo prescricional para exercício da pretensão deduzida em face da seguradora por pessoa designada como beneficiária do seguro de vida (terceiro beneficiário), a qual não se confunde com a figura do segurado. Lapsus vintenário (artigo 177 do Código Civil de 1916) ou decenal (artigo 205 do Código Civil de 2002), não se enquadramento na hipótese do artigo 206, §1º, inciso II, do mesmo CODEX (prescrição ânua para cobrança de segurado contra segurador). Inaplicabilidade, outrossim, do prazo trienal previsto para o exercício da pretensão do beneficiário contra o segurador em caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório (artigo 206, §3º, inciso IX, do Código Civil). Precedentes.*

3. *Agravo Regimental desprovido* (AgRg no AREsp 545.318/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, j. em 20.11.14, p. DJe 26.11.14). (sublinhou-se)

**14- AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CIVIL E PROCESSUAL CIVIL SEGURO DE VIDA. AÇÃO DE COBRANÇA. TERCEIRO BENEFICIÁRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DESENAL.**

1. *Recurso Especial interposto contra o acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).*

2. *É possível a aplicação do direito à espécie, sendo autorizado ao julgador adotar fundamento diverso do invocado pelo recorrente, a teor dos arts. 1.034 do CPC/2015 e 255, §5º, do RISTJ, bem como da Símula nº 456/STF, os quais procuram dar efetividade à prestação jurisdicional sem deixar de atentar para o devido processo legal, coadunando-se com a nova tendência de primazia das decisões de mérito, adotada no art. 4º do CPC/2015.*

3. *Esta Corte Superior possui entendimento firmado no sentido de que o prazo para a propositura de ação indenizatória contra a seguradora pelo terceiro beneficiário de contrato de seguro de vida em grupo é decenal, nos termos do art. 205 do CC/2002. O prazo para o próprio segurado é aquele estabelecido no art. 206, §1º, II, do CC/2002 e para o beneficiário de seguro obrigatório (DPVAT) é o do art. 206, §3º, IX, do CC/2002.*

4. *Agravo Interno não provido.* (AgInt no AREsp 178.910/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, 3ª (Turma, j. em 19.06.18, p. DJe 25/06/2018). (sublinhou-se)

constatação de que a figura do terceiro, no seguro de responsabilidade civil obrigatório, equivale, em conteúdo e forma, ao beneficiário no seguro de vida facultativo. Como no seguro de vida, estipula-se, no seguro de responsabilidade civil obrigatório, o direito à indenização ao terceiro, que pode acumular a condição de beneficiário ou estendê-la aos seus cônjuges e herdeiros, se o sinistro decorrer de óbito do segurado (Código Civil, art. 792, segunda parte).

É importante que se entenda que a cobertura de indenização do DPVAT em caso de morte garante, mediante o pagamento de verba indenizatória (e não de capital segurado), a responsabilidade civil causada pelo condutor do veículo automotor segurado em virtude de óbito do segurado. A indenização do Seguro DPVAT, no valor de R\$ 13.500,00 em caso de morte (Lei nº 6.194/74, art. 3º, I), deverá complementar-se ao montante indenizatório imposto ao condutor do veículo, objeto da condenação judicial, eis que ambas possuem a mesma natureza (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 246)<sup>15</sup>.

A indenização relativa à cobertura em caso de morte no Seguro DPVAT não se assemelha, em termos técnicos, à soma segurada no seguro de pessoa; afigura-se, manifestamente, verba atinente à responsabilidade civil. Funda-se, portanto, no princípio indenitário (Código Civil, art. 778 c/c 781), não se podendo denominar *beneficiário* o titular do direito ao acionamento da referida cobertura obrigatória<sup>16</sup>.

A expressão *pretensão do beneficiário contra o segurado*, constante do art. 206, §3º, IX, do Código Civil, deveria, portanto, necessariamente, incidir sobre alguma hipótese de pretensão relacionável ao seguro de pessoa, modalidade na qual se revela típica a figura do beneficiário<sup>17</sup>.

---

15- O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

16- *Afinal, qualquer que seja o montante, a indenização por morte não guarda correspondência econômica com o do bem juridicamente protegido. No atual estágio da cultura, constitui senso comum a noção de que a vida humana tem valor inestimável. Apesar dessa constatação, cumpre ao legislador, no limitado âmbito do Seguro DPVAT, dar a solução possível, o que se faz mediante a estipulação de indenização cujo valor está diretamente relacionado ao prêmio socialmente distribuído.* (FAORÓ, André; FUCCI, José Inácio. DPVAT: um seguro em evolução. O seguro DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas. Rio de Janeiro, Renovar, 2013, p. 151).

17- *Já nos seguros de vida em caso de morte são, tipicamente, seguros a favor de terceiro, pelo menos nos casos em que é pessoa segurada o próprio tomador. Nestes seguros, tipicamente, provê-se ao sustento dos sobreviventes ao sinistro: a morte da pessoa segurada.* (REGO,

Não reconhecer essa realidade significa esvaziar relevante conteúdo normativo, simplesmente deixando de utilizar, em qualquer caso que seja – e, portanto, extirpando-a do sistema –, regra do ordenamento jurídico absolutamente válida e apta à plena geração de efeitos (*verba cum effectu sunt accipienda*).

Por essas razões, de caráter estritamente técnico e jurídico, pode-se afirmar que a hipótese de prescrição trienal constante do art. 206, §3º, IX, do Código Civil teria, *a priori*, aplicabilidade à pretensão do beneficiário do seguro de vida facultativo contra o segurador, parecendo desacertado o entendimento hoje prevalente nos tribunais acerca do tema.

Importa, contudo, menos a este estudo a reflexão acerca do (des) acerto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando interpreta a regra do art. 206, §3º, IX, do Código Civil, do que a constatação de que os tribunais, de forma remansosa, aplicam o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil aos milhentos casos que são decididos no país a respeito da matéria.

Esse prazo, aplicável genericamente a espécies prescricionais não especificadas em lei, de longa duração (10 anos), não pode ser considerado o correto para o exercício da pretensão de recebimento do capital segurado pelo beneficiário, principalmente porque a lei conferiu à apólice de seguro de vida eficácia executiva (Código de Processo Civil, art. 784, VI), em observância, como dito, ao subsistema normativo de proteção ao beneficiário, a partir do qual se origina um conjunto de regras que visam a tornar efetivo o recebimento da soma segurada.

#### **4. Apólice de seguro de vida. Título executivo extrajudicial**

Cumpre seja encarada a problemática do prazo prescricional do beneficiário do seguro de vida sob o enfoque da apólice de seguro de vida como título executivo extrajudicial. Demonstrou-se que a aptidão geradora de efetividade do seguro de vida legítima, instrumentalmente, a eficácia executiva da apólice de seguro. Pode-se afirmar, então, que é da essência do subsistema de proteção ao beneficiário que disponha ele de via executiva para demandar judicialmente o recebimento do capital segurado contra o segurador.

---

Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 589).

De uma forma geral, os títulos executivos extrajudiciais decorrem ... de atividades realizadas extrajudicialmente. A expressão deve ser entendida como ato formado em ambiente estranho ao jurisdicional, a exemplo de certos atos negociais ou administrativos. (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar, in *Comentários ao Código de Processo Civil*; org. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2015, p. 1115).

A apólice de seguro de vida está elencada como um dos instrumentos negociais aptos a gerar a pretensão executiva (Código de Processo Civil, art. 784, VI)<sup>18</sup>. E isso ocorre, com toda a certeza, porque o legislador processual, inserindo-se na lógica do subsistema de proteção ao beneficiário, definiu que o recebimento da soma segurada, líquida desde o momento em que constituída, deveria dar-se de forma célere e desembaraçada. O seguro de vida contém eficácia executiva no momento em que aperfeiçoado, condicionada unicamente à ocorrência do evento futuro e incerto de morte do segurado (Código Civil, art. 121) e à verificação dos elementos formadores do contrato de seguro (Código Civil, art. 757).

O seguro de vida em caso de morte distingue-se de outras espécies de seguro: dano; responsabilidade civil (obrigatório ou facultativo); acidentes pessoais; e sobrevivência. Contempla, em sua gênese, a obrigação líquida do segurador para com o beneficiário, expressamente traduzida no título pela soma, em moeda corrente, do capital segurado. Nos demais seguros, independentemente da existência de uma importância segurada, ou de um limite máximo de garantia, faz-se imprescindível a apuração do dano ou do grau de invalidez do segurado, o que afasta o requisito de liquidez de todas as demais apólices de seguro, impossibilitando sejam cobradas pela via executiva<sup>19</sup>.

---

18 - O CPC de 2015, no art. 784, estabelece o rol dos títulos executivos extrajudiciais, fazendo alguns ajustes em relação à redação do art. 585 do CPC/1973. O legislador continua enumerando quais são os documentos considerados títulos capazes de subsidiar a demanda executiva, desde que venham a atender aos requisitos estabelecidos nos arts. 783 e 784 do diploma legal de 2015. (WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2015, p. 2008.)

19 - RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO DE COBRANÇA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N° 282/STF. DECRETO-LEI N° 73/1966 e DECRETO N° 61.589/1967. APLICABILIDADE.

Nesse sentido, não se pode emitir uma apólice de seguro de vida em caso de morte pela qual as partes disponham de forma diversa da natureza executiva do contrato, por exemplo, afastando-a. A referida disposição contratual seria nula de pleno direito porque (a) a eficácia executiva é da essência do seguro de vida em caso de morte; e (b) as partes não podem criar ou extinguir títulos executivos convencionalmente.

Em termos processuais, a exequibilidade do título opera efeitos quando implementada, no plano material, a condição suspensiva para a exigibilidade da prestação pelo beneficiário (ocorrência do risco de morte do segurado). A doutrina especializada reconhece a natureza executiva da apólice para os fins de recebimento da soma segurada em seguro de vida, pelo beneficiário, e de prêmio, pelo segurador (DL 73/66, art. 27):

*4. Contrato de seguro de vida: ocorrência da morte: como já mencionado, o CPC/15 preferiu retirar esta hipótese, do rol*

---

**FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N° 283/STF. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DANO CAUSADO EM ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. RITO SUMÁRIO.**

1. *Ação de execução por título extrajudicial fundada em apólice de seguro de automóvel visando o pagamento de indenização securitária decorrente de sinistro.*
2. *Somente a lei pode prescrever quais são os títulos executivos, fixando-lhes as características formais peculiares. Logo, apenas os documentos descritos pelo legislador, seja em códigos ou em leis especiais, é que são dotados de força executiva, não podendo as partes convencionarem a respeito.*
3. *Quantos aos seguros, somente os contratos de seguro de vida dotados de liquidez, certeza e exigibilidade são títulos executivos extrajudiciais, podendo ser utilizada, pois, a via da ação executiva. Logo a apólice de seguro de automóveis não pode ser considerada título executivo extrajudicial.*
4. *Para o seguro de automóveis, na ocorrência de danos causados em acidente de veículo, a ação a ser proposta é, necessariamente, a de conhecimento sob o rito sumário, já que é desitínido de executividade e as situações nele envolvidas comumente não se enquadram no conceito de obrigação líquida, certa e exigível, sendo imprescindível, nessa hipótese, a prévia condenação do devedor e a constituição de título judicial. Interpretação dos arts. 275, II, 'e', 585, III, e 586 do CPC.*
5. *Recurso Especial não provido. (REsp 1416786/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª Turma, j. em 02.12.14, p. DJe 09.12.14).*

*onde constam os direitos reais de garantia, passando a consagrá-las no inc. VI do art. 784. Outrossim, estabelece uma premissa para exequibilidade deste título: a ocorrência da morte, para não confundi-lo com o contrato de seguro de acidentes pessoais (que tem os requisitos e a exequibilidade previstos no inc. III do art. 782 do CPC/2015). Aliás, pela interpretação, do art. 27 da Decreta-lei 73/1996 c/c 783-785 do CPC, de 2015, parece correta a conclusão que ambos os contratos (morte ou acidente), são títulos executivos extrajudiciais, se atenderem aos requisitos do art. 784, III e VI, do mesmo diploma, sendo possível a execução da prestação pecuniária (prêmio) do contrato de seguro, por meio da demanda executiva (STJ, REsp 743125/MG, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15.12.2005, Dj 20.02.2006, p. 338) o que pretendeu o novo CPC, no caso específico do contrato de seguro de vida, foi estabelecer o momento pelo qual surge a exequibilidade do título; ou seja, a ocorrência da condição (morte). (WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim, DIDIER JUNIOR, Freddie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 1.799)*

Como se vê, o caráter executivo da apólice de seguro de vida, em caso de morte, revela-se indissociável do exercício da pretensão do beneficiário. Por força da norma do art. 784, VI, do Código de Processo Civil, a apólice de seguro de vida nasce com uma eficácia executiva contida, sujeita à condição suspensiva de implemento do risco (morte do segurado). A ocorrência do evento morte torna exigível o pagamento do capital segurado da apólice e inicia o cômputo do prazo para o exercício da pretensão de recebê-lo, sempre pela via executiva.

## 5. Prescrição do beneficiário. Prazo quinquenal

Na medida em que o capital segurado contratado no seguro de vida, em caso de morte do segurado, somente poderá ser recebido judicialmente mediante propositura de uma execução fundada em título extrajudicial<sup>20</sup>, considera-se o prazo para o exercício da pretensão

---

20 - Seguro. Título executivo. Precedente da Corte.

1. Já decidiu a Corte que, não havendo dúvida sobre a existência do contrato de seguro, ‘é de ser permitida a execução e a matéria de defesa da seguradora deve ser examinada na ação de embargos.’  
2. A prova de que houve seguro premeditado cabe à seguradora, como alinhado em precedente da Corte.

do beneficiário o previsto no art. 206, §5º, do Código Civil, segundo o qual prescreve *em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.*

Não há dúvidas de que ao título executivo extrajudicial aplica-se o prazo extintivo do art. 206, §5º, I, do Código Civil<sup>21</sup>. E não pode ser diferente para recebimento de capital segurado na apólice de seguro de vida em caso de morte; igualmente título executivo extrajudicial, por força de lei.

É interessante notar que o prazo quinquenal para o exercício da *pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular* não continha previsão equivalente no regime jurídico do Código Civil de 1916, inserindo-se na regra geral vintenária daquela legislação (art. 177):

*A prescrição da cobrança de crédito líquido decorrente de instrumento público ou particular era vintenária, já que, na ausência de um prazo específico, aplicava-se a regra do art. 177 do CC 1916 relativa às ações pessoais. Assim, verifica-se enorme redução de prazo prescricional que, no caso supra, passou de vinte para cinco anos.*

(...)

*Sublinhe-se ainda a exigência de liquidez do débito, sem a qual não será aplicado o prazo prescricional quinquenal disposto nesse*

---

3. Recurso Especial não conhecido. (REsp 242.329/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª Turma, j. em 15.12.2000, p. DJ 05.03.01, p. 157.

21-PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. COBRANÇA DE ANUIDADE. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ART. 206, §5º, I, DO CC. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o título executivo objeto da Execução seria espécie de instrumento particular, incorrendo na hipótese de incidência da prescrição quinquenal prevista no art. 206, §5º, I, do CC.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1464724/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, j. em 25.05.15, p. DJe 02.06.15)

*parágrafo. A dívida oriunda de título de crédito não será regulada por esse prazo prescricional, pois sobre ela incidirá a regra constante do § 3º, VIII, ou da lei específica que disponha sobre a matéria.* (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Maria Helena; MORAES Maria Celina Bodin de, Op. cit. p. 418).

Todos os prazos gerais vintenários de prescrição, vigentes sob a égide do Código Civil anterior, e relacionados ao exercício de pretensão consubstanciada em título executivo extrajudicial, foram reduzidos à regra específica de cinco anos do art. 206, §5º, do Código Civil. Essa adequação, não se sabe ao certo o motivo, deixou de ser observada na hipótese em que o beneficiário aciona a apólice de seguro de vida facultativo como meio executivo extrajudicial ao recebimento do capital segurado.

Isso se deve, talvez, aos anos perdidos na doutrina e jurisprudência com a infrutífera discussão a respeito do prazo prescricional do beneficiário do seguro de vida facultativo sob a ótica subjetiva do titular da pretensão, simetricamente ao que ocorre à figura do segurado, do segurador, do terceiro prejudicado e do próprio beneficiário do seguro obrigatório DPVAT, segundo a jurisprudência (Código Civil, art. 206, § 3º, I e IX). Para fins integrativos, ouse-se afirmar que a prescrição vintenária da jurisprudência formada sob a égide do Código Civil de 1916 levou também em conta para a fixação da regra geral do revogado art. 177 a natureza do *meio executivo* instrumentalizado pela apólice de seguro de vida e não, apenas, a *condição subjetiva* de beneficiário.

Ressalte-se que o não reconhecimento do prazo extintivo quinquenal para o exercício da pretensão pelo beneficiário do seguro de vida em caso de morte significa, objetivamente, conceder eficácia temporal de dez anos a um título executivo extrajudicial, a partir da equivocada utilização da regra geral do art. 205 do Código Civil para essa hipótese de exercício de pretensão pela via executiva.

Pondere-se, por fim, que o reconhecimento da aplicabilidade do prazo de cinco anos para o exercício da pretensão executiva do beneficiário para o recebimento do capital segurado – além de correto sob todos os ângulos – afigura-se equilibrado entre o prazo trienal do art. 206, §3º, IX, do Código Civil, afastado pela jurisprudência brasileira, e a regra geral de dez anos do art. 205 do Código Civil. O fundo comum não pode manter reservas indefinidamente para a garantia de sinistros ocorridos e não avisados em largo espectro

temporal. Após o decurso de prazo razoável, esses recursos, caso não sacados pelos titulares, deverão retroalimentar a operação, contribuindo para a manutenção da higidez e do equilíbrio econômico financeiro das carteiras de seguro.

A prevalência do prazo de dez anos parece despropositada e disfuncional. Conferir-se eficácia executiva à apólice de seguro de vida, erigindo-a à categoria de título executivo extrajudicial, significa atribuir elevada valoração jurídica ao recebimento dessa verba, o que se afigura justo e convergente ao subsistema normativo de proteção ao beneficiário.

Mas, por outro lado, impõe-se igualmente justo o reconhecimento de que se aplique o prazo prescricional para o exercício da pretensão executiva, se fundada em título executivo extrajudicial (no caso, a apólice de seguro de vida em caso de morte). Obtém-se valores igualmente importantes no sopesamento entre a efetividade do recebimento da soma segurada e o prazo adequado para o exercício dessa pretensão pela via executiva, incluindo-se, nessa complexa equação axiológica, os interesses de preservação do fundo mutual e a segurança jurídica indispensável à gestão das reservas técnicas.

## 6. Conclusão

A conclusão de que o prazo extintivo aplicável à pretensão para o recebimento do capital segurado deve ser o de cinco anos previsto no art. 206, §5º, I, do Código Civil, decorre da premissa de que a apólice de seguro de vida em caso de morte possui a inequívoca natureza de título executivo extrajudicial (Código de Processo Civil, art. 784, VI).

É interessante notar que o tema jamais foi vislumbrado, na doutrina e na jurisprudência, sob o enfoque da eficácia executiva da apólice de seguro de vida em caso de morte. As discussões até então havidas limitaram-se a relacionar o prazo prescricional à *condição subjetiva* do titular da pretensão de recebimento do capital segurado (beneficiário), deixando de examinar a prevalência do *meio executivo* a partir do qual se exterioriza a pretensão dessa mesma verba (apólice de seguro de vida em caso de morte).

Não existe beneficiário sem a constituição prévia de um contrato de seguro de vida, cuja natureza executiva, convergente ao subsistema de proteção ao beneficiário e à liquidez da quantia lá prometida, revela-se da essência dessa espécie de negócio jurídico. Desse modo, a

apólice de seguro de vida, como fonte obrigacional, prevalece em seus termos e especificidades, principalmente para os fins de fixar o prazo prescricional para a sua utilização pela via executiva.

Ofende a técnica e a razoabilidade a ideia de possibilitar-se que um título executivo extrajudicial seja eficaz por dez anos, o que se mostra contrário à finalidade de sua forma executiva, à liquidez de seus termos, e, especificamente no caso do seguro de vida, prejudicial à segurança jurídica necessária à boa gestão do fundo mutual.

# A penhorabilidade do imóvel de fiador de contrato de locação

Sylvio Capanema de Souza\*

**Resumo:** Lei do Inquilinato. Impenhorabilidade do imóvel residencial. Alienação Judicial. Acesso à locação. Garantia Fiduciária. Penhora de bens de família.

**Abstract:** Tenancy Act. Unseizability of residential property. Judicial Alienation. Access to the leased premises. Fiduciary Guarantee. Attachment of family property.

**Palavras-chave:** imóvel residencial, fiança locatícia, bem de família, Lei nº 8.009/90.

**Keywords:** residential property, bail bond, family property, Law nº 8.009/90.

A Lei do Inquilinato, em seu artigo 82, acresceu ao artigo 3º da Lei 8.009/90 mais uma exceção à regra da impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do devedor.

Passou-se, então, a admitir que fosse objeto de constrição e eventual alienação judicial, o imóvel residencial do fiador de contrato de locação.

---

\* Sócio do escritório Sylvio Capanema de Souza Advogados Associados. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, professor titular de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes, professor titular de pós-graduação em Direito Civil da Fundação Getúlio Vargas e PUC/RJ, professor visitante das Universidades de Coimbra e de Salamanca. Diretor Cultural do Instituto dos Magistrados Brasileiros e da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. Autor de vários livros, e coautor do projeto da Lei do Inquilinato. Fundador e membro efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro efetivo de inúmeras bancas de concurso, desde 1992, para a Magistratura Estadual, Magistratura do Trabalho, Ministério Público, Estadual, Defensoria Pública, Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria do Município do Rio de Janeiro e Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Especialização: Direito Civil, Direito Imobiliário e do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Ao contrário do que muitos imaginaram a razão de ser do dispositivo legal foi o de facilitar o acesso à locação, por aqueles que dela precisavam.

Ressalte-se, desde logo, que naquela época o déficit habitacional era elevado, e a demanda por unidades era muito maior do que a oferta, o que agravava a tensão social.

A garantia representada pela fiança sempre foi a preferida pelos locadores, e após o advento da Lei nº 8.009/90 passaram eles, com inegável razão, a rejeitar o fiador que só tivesse um imóvel residencial, que seria impenhorável, tornando quase sempre a fiança uma pomposa inutilidade.

Passou-se a exigir que tivesse ele, pelo menos, dois imóveis, o que era quase impossível obter pelos candidatos à locação.

É enorme o constrangimento e a dificuldade para se conseguir um fiador, ainda mais que tenha dois imóveis.

A solução dada pelo legislador do inquilinato urbano pacificou o mercado, voltando os locadores a se contentar com o fiador que só tivesse um imóvel residencial próprio.

O sistema funcionou muito bem, desde 1991, até hoje, contribuindo para o equilíbrio do mercado locatício, antes extremamente tumultuado e nervoso.

Acontece que no dia 12 de junho de 2018 a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 605.709, entendeu ser impenhorável o imóvel residencial do fiador de contrato de locação para fins comerciais, e o fez pela apertada maioria de três votos a dois.

O Relator, Min. Dias Toffoli e o Ministro Luís Roberto Barroso mantiveram, na íntegra, o texto da lei, mas a Ministra Rosa Weber abriu a divergência, sendo seguida pelos Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

O Acórdão ainda não foi publicado na íntegra, mas o resultado do julgamento já consta do Informativo nº 906, da 1ª Turma.

Em que pese o elevado respeito devido aos eminentes Ministros, ousamos divergir do entendimento que, à nosso aviso, voltará a causar turbulências no já pacificado mercado locatício.

Em primeiro lugar, não conseguimos entender porque a impenhorabilidade ficaria restrita aos fiadores de contratos para fins

comerciais, o que causará discriminação em relação aos demais, das outras modalidades de locação imobiliária urbana.

Se o objetivo é o de preservar a dignidade humana e garantir o direito à moradia, como constou dos votos vencedores, elementar exercício de lógica recomendaria estender a proteção não só aos fiadores de contratos de locação em todas as suas modalidades, bem como às demais hipóteses elencadas no artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que permitem a penhora do único imóvel residencial próprio do devedor.

O mais surpreendente é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688, da relatoria do Min. Cézar Peluso, afirmou ser legítima a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação. No mesmo sentido seguem os Recursos Extraordinários nos 477.953, rel. Min. Eros Grau, 493.738, rel. Min. Carmem Lúcia, 591.568, rel. Min. Gilmar Mendes, 598.036, rel. Min. Celso de Mello, 419.161, rel. Min. Joaquim Barbosa e 607.505, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Por outro lado, constou do voto vencedor que a impenhorabilidade do bem de família de fiador de locação comercial favorece a livre iniciativa e o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis.

Muito ao revés, estamos certos que o resultado será diametralmente oposto, levando os locadores a recusar a garantia da fiança, passando a exigir outras modalidades, tais como o seguro, o título de capitalização ou a cessão fiduciária de cotas de fundos de investimentos.

É conhecido o velho ditado popular, segundo o qual quem não quer ter aborrecimentos com a fiança, não lhe aponha o nome.

O fiador que assume, voluntariamente, a garantia, obrigando-se a pagar a obrigação, se o devedor não o fizer, tem a exata consciência de que está alocando o seu patrimônio ao credor, no caso de inadimplemento.

E isto confere segurança jurídica ao contrato e ao mercado.

Temos sempre sustentado que o contrato de locação do imóvel urbano se reveste de especialidades, que os distinguem dos demais, justificando a adoção de regras próprias e diferenciadas, o que não colide com o princípio da isonomia.

Por outro lado, a garantia de moradia digna é dever do Estado e não do cidadão, que paga pesados impostos, para viabilizá-la.

A decisão confirma o risco de se julgar sem o perfeito conhecimento da equação econômica dos contratos e das realidades dos mercados.

Há, ainda, uma outra provável consequência do julgamento, caso venha ela a prevalecer.

É que ele representa mais um argumento a afastar a adoção da fiança, como garantia locatícia preferida pelo mercado.

Cada vez mais se revela recomendável a adoção do seguro de fiança locatícia, que não apresenta os inconvenientes acima citados e sempre temos defendido, com base na nossa experiência profissional<sup>1</sup>.

Ao tomar conhecimento da decisão ficou-nos o doloroso receio de que venha ela a quebrar a estabilidade do mercado locatício, garantida pela Lei nº 8245/91, que alcançou verdadeiro milagre de longevidade, de vinte e sete anos de proveitosos resultados, apesar das brutais transformações sofridas pela economia brasileira.

Para encerrar estes primeiros e rápidos comentários, baseados apenas no Informativo do STF, entendemos que a decisão traz insegurança jurídica ao mercado, que, pela sua relevante densidade social e econômica, precisa de regras estáveis e equilibradas, que incentivem a construção de novas unidades, aumentando a oferta de imóveis para locação e, por via de consequência, reduzam os aluguéis.

---

1 - NOTA DA REVISTA - Sobre a importância e relevância do seguro de fiança locatícia, o próprio autor escreveu artigo esclarecedor publicado na edição nº 4 desta mesma Revista Jurídica de Seguros, páginas 24 a 31, sob o título “As garantias locatícias e o seguro de fiança locatícia”, no qual lecionou: 1) *Quando foi publicada a Lei do Inquilinato entendemos que seria esta a mais eficiente garantia para a locação do imóvel urbano, e que iria dominar o mercado, tornando-se a sua preferida (...); 2) (...) Aos poucos, entretanto, e em razão das deficiências das outras garantias, o seguro-fiança foi conquistando espaços cada vez maiores no mercado, já ultrapassando em São Paulo, a marca de 20% dos contratos celebrados, o que representa aumento considerável; 3) (...) O seguro representa para o candidato à locação o fim do quase insuportável constrangimento de ter que incomodar um parente ou um amigo, pedindo-lhe que preste a fiança, o que também aumenta suas chances de alugar um imóvel no lugar de sua melhor conveniência (...); 4) É frequente que o interessado não consiga celebrar o contrato por não ter logrado conseguir um fiador, ainda mais quando chega a uma cidade nova, para ali residir (...); 5) (...) Outra enorme vantagem para o locador é a garantia oferecida por várias seguradoras, do pagamento integral dos aluguéis e encargos durante o curso da ação de despejo, o que lhe permite preservar seu orçamento, diante da mora do locatário. O que, entretanto, nos parece ainda mais conveniente, é que o recebimento do crédito não exige do locador, o ajuizamento das ações de cobrança ou de execução, o que torna muito mais ágil o resarcimento (...).*





OPINIÃO

# Os veículos autônomos e seus impactos no Mercado de Seguros\*

Renato Chalfin\*\*

**Resumo:** O presente artigo trata dos impactos que os veículos autônomos tendem a causar no mercado de seguros nos próximos anos. A partir de uma análise preliminar do conceito e do desenvolvimento dessa tecnologia disruptiva no âmbito da União Europeia, o texto enfrenta os desafios esperados pelo setor securitário, nomeadamente no campo da responsabilidade civil, do risco, da fraude e da ética.

**Abstract:** This article deals with the impacts that autonomous vehicles tend to cause in the insurance market in the coming years. From a preliminary analysis of the concept and development of this disruptive technology within the European Union, the paper addresses the challenges expected by the security sector, in particular in the field of civil liability, risk, fraud and ethics.

**Palavras-chave:** veículo autônomo, inteligência artificial, seguro automóvel, responsabilidade civil, trânsito, acidente de trânsito, riscos, prêmio, riscos eletrônicos, seguros cibernéticos, fraude, dever de prevenção e limitação dos danos, ética.

**Keywords:** autonomous vehicles, artificial intelligence, auto insurance, civil liability, traffic, traffic accident, risks, premium, electronic risks, cyber insurance, fraud, duty to prevent and limit damages, ethics.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito de “Veículo Autônomo”. 3. Algumas considerações. 4. O veículo autônomo no âmbito da União Europeia. 5. Os impactos no mercado de seguros da União Europeia. 6. O futuro do seguro

---

\* Adaptação do relatório apresentado na cadeira de Direito dos Seguros do Mestrado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente artigo confere maior atenção à legislação europeia e portuguesa, mas as conclusões aqui tomadas se estendem, em grande parte, a outros ordenamentos jurídicos.

\*\*Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado no escritório Chalfin, Goldberg, Vainboim e Fichtner Advogados Associados.

de responsabilidade civil por acidente de trânsito com automotores face à lei portuguesa. 7. O futuro do risco no seguro automóvel. 8. A reavaliação dos critérios tradicionais, a redução de acidentes e os impactos no valor do prêmio. 9. As “novas” oportunidades de negócio para o segurador, em especial o seguro contra riscos eletrônicos. 10. O futuro da fraude no seguro automóvel. 11. O futuro do dever de prevenção e limitação dos danos: o problema da ética. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.

**Summary:** 1. Introduction. 2. “Autonomous Vehicle” definition. 3. Some considerations. 4. The autonomous vehicle within the European Union. 5. Impacts on the insurance market in the European Union. 6. The future of liability insurance for *selfdriving cars* traffic accidents under Portuguese law. 7. The future of risk in auto insurance. 8. The reassessment of the conventional criteria, the reduction of accidents and the impacts on premium’s value. 9. “New” business opportunities for the insurer: in particular electronic risk insurance. 10. The future of the auto insurance fraud. 11. The future of the duty to prevent and limit damages: the problem of ethics. 12. Conclusion. 13. Bibliographic references.

## 1. Introdução

Ao se analisar a história da humanidade, mesmo considerando apenas os três últimos séculos, já a partir do Iluminismo, verifica-se que nosso estilo de vida sofre constante evolução. O que, mesmo no século passado era inimaginável, e era apenas tema de filmes futurísticos, nos dias de hoje já não faz parte da ficção, mas da vida real.

Pode-se dizer que já vivemos a era da quarta revolução industrial<sup>1</sup>, inclusive com a sombra de uma pergunta, ainda sem respostas, mas da maior relevância: qual será o papel do ser humano daqui a décadas? É inegável que essa indagação tenha um ar de dramaticidade, mas também não há como discordar que, em um momento em que as máquinas e os robôs, em algumas circunstâncias, substituem o homem de forma aprimorada e menos onerosa, cada vez mais as habilidades humanas parecem que se tornarão de pouca utilidade.

Veículos autônomos são um bom exemplo dessa revolução. Esses carros, capazes de se controlar *per si*, através de comandos fornecidos por um *hardware* e um *software* próprios, dispensam a intervenção de um motorista, identificam vias, sinais, eventuais obstruções e

---

1 - SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial* (Tradução de Daniel Moreira Miranda). 1<sup>a</sup> ed., São Paulo: Edipro, 2016.

pedestres, e ainda podem se comunicar com outros veículos com que compartilham a rodovia. É a aplicação da telemática ou Internet das Coisas (do inglês, *Internet of Things – IoT*) aos veículos móveis.

Acontece que essas mudanças no setor automobilístico são, ao mesmo tempo, altamente benéficas e consideravelmente preocupantes<sup>2</sup>. Isso porque essa tecnologia disruptiva<sup>3</sup>, além de exigir uma série de adaptações do entorno viário, que demandam, sobretudo entre nós, investimentos pesados em infraestrutura, também não conta com um arcabouço legal para prevenir e punir eventuais consequências danosas da sua utilização.

De fato, na área do direito – nomeadamente do direito securitário – não são poucas as indagações que serão levantadas para a regulamentação das questões, sobretudo quanto à responsabilidade civil em situações de sinistros envolvendo carros autônomos e carros convencionais, ou carros autônomos *versus* carros autônomos. Por tal razão, logicamente sem a pretensão de esgotar a matéria, que ainda é uma novidade no universo jurídico, busca-se analisar os desafios que a indústria automobilística imporá ao mercado de seguros.

## 2. Conceito de “veículo autônomo”

Em linhas gerais, sem adentrar a esfera técnica, o veículo autônomo movimenta-se e trafega sem a intervenção, ou com mínima intervenção, de um condutor. Está capacitado para reconhecer seu entorno, decidir que rota tomar para chegar ao destino autonomamente, com ótimos níveis de segurança; ou intercambiar informações com uma central eletrônica, outros veículos e outros dispositivos externos<sup>4</sup>. Através dessa constante comunicação por meio da telemática e da capacidade de “aprender” com os padrões e as estatísticas (do inglês, *machine*

---

2- GLASSBROOK, Alex. *The Law of Driverless Cars: An Introduction*. Somerset: Law Brief Publishing, Inglaterra, 2017, p. 6.

3- Tecnologia disruptiva se traduz na inovação tecnológica, no produto, ou no serviço, com características “disruptivas”, em vez de evolutivas. Quer dizer, aquela que provoca um rompimento com os padrões, modelos ou tecnologias existentes no mercado.

4- MORALES, Gonzalo Iturmendi. Coches conectados y autónomos. Papel de las aseguradoras. In: *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 61, Primero Trimestre de 2017, p. 10.

*learning*), o que melhora progressivamente o seu desempenho, esses carros são capazes de circular, com ou sem passageiros, com eficiência, segurança e conforto<sup>5</sup>.

Ao longo do presente artigo abordar-se-á com mais profundidade apenas o modelo de veículo totalmente autônomo; assim, os termos “autônomo”, “sem condutor” ou *selfdriving cars* referem-se a veículos autodirigidos. Para esse efeito, destaca-se a pesquisa feita pela *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA) no ano de 2013, que estabeleceu cinco níveis de automação, que vão desde veículos com baixa tecnologia internada, sem sistemas automatizados (nível 0), até aqueles completamente automatizados (nível 4)<sup>6</sup>, que são os que aqui nos interessam.

---

5- Além de conferir maior conforto ao passageiro (então condutor), que poderá aproveitar a viagem para realizar outras tarefas, como trabalhar, dormir, olhar a paisagem e etc. – tudo que não se poderia fazer se estivesse ao volante –, tem-se (i) uma maior segurança, uma vez que afasta de cena a possibilidade de erros humanos (distração, alcoolemia, cansaço etc.); (ii) um automóvel mais ecológico, posto que não lança gases poluentes; (iii) uma considerável redução do tráfego, haja vista a anunciada tendência de uso compartilhado dos carros, entre outros benefícios (Vide LANG, Nikolaus; RUBMANN, Michael; MEI-POCHTLER, Antonella; DAUNER, Thomas; KOMIYA, Satoshi; MOSQUET, Xavier; DOUBARA, Xanthi. *Self-driving vehicles, robo-taxis, and the urban mobility revolution. The Boston Consulting Group*, [s.l.], Julho de 2016. p. 1).

Como se não bastasse, do ponto de vista financeiro, o Bank of America Merrill Lynch, em recente pesquisa, concluiu que os veículos autônomos gerarão uma receita de US\$87 bilhões até 2030 (a íntegra do relatório encontra-se disponível em [https://olui2.fs.ml.com/\\_publish/content/application/pdf/GWMOL/RIC-Report-March-2017.pdf](https://olui2.fs.ml.com/_publish/content/application/pdf/GWMOL/RIC-Report-March-2017.pdf)), visitado em 20.05.2018.

6- Identificam-se, de forma resumida, os diferentes níveis de autonomia: *Nível 0* – Sem automação: o condutor está no controle completo e exclusivo dos controles primários do veículo em todos momentos; *Nível 1* – Funções específicas de automação: o condutor tem o controle geral e é o único responsável pela operação segura, mas pode escolher ceder autoridade limitada a um controle primário. O veículo pode ter várias capacidades que combinam suporte ao condutor e tecnologias que evitam a colisão, mas não substituem a vigilância do motorista e não assumem a responsabilidade de conduzir do indivíduo; *Nível 2* – Funções autônomas combinadas: este nível envolve a automação de pelo menos duas funções de controle primárias, projetadas para trabalhar de forma a aliviar o condutor de controle dessas funções. O motorista ainda é responsável por monitorar a estrada e operar de modo seguro, e espera-se que o mesmo esteja disponível para

### 3. Algumas considerações

Apesar de a regulamentação dos carros de nível 4 – totalmente autônomos – ainda encontrar-se em fase de elaboração, já são vários os projetos que testam esses veículos, inclusive coletivos, nas rodovias e metrópoles mundo afora (por lei, de forma geral, ainda há a exigência de condutor no veículo para o caso de uma intervenção humana se fazer necessária)<sup>7</sup>. Esta exigência se justifica inclusive quando se considera que, durante fase de testes em veículos da Uber nos EUA, no Arizona, onde já há legislação permitindo a dispensa de condutor no veículo<sup>8</sup>, registrou-se em março de 2018 o primeiro acidente fatal envolvendo um carro autônomo<sup>9</sup>.

---

controlar o veículo em todos os momentos e em curto prazo; *Nível 3* – Auto-condução limitada: os veículos deste nível de automação permitem ao motorista ceder o controle total de todas as funções críticas de segurança, cabendo ao automóvel exigir o retorno do condutor ao volante em determinadas condições. Do condutor se espera que esteja disponível para, ocasionalmente, assumir o controle, mas o indivíduo detém conforto suficiente durante o tempo em que transita. A principal distinção entre os níveis 2 e 3 é que, no nível 3, o veículo foi projetado para que o motorista não espere monitorar constantemente a estrada durante a condução; *Nível 4* – Autocondução completa: O veículo foi projetado para executar todas as funções de condução de forma segura e monitorar as condições da estrada durante toda a viagem. Cumpre ao indivíduo apenas fornecer o destino, não sendo necessário que o mesmo esteja disponível para assumir o volante a qualquer momento durante a viagem.

7 - A título exemplificativo, pode-se destacar, a nível da comunidade europeia, o projeto AUTOC-ITS, que testou a condução de veículos autônomos no ano de 2018, sendo a capital portuguesa, juntamente com Madri e Paris, uma das metrópoles selecionadas (disponível em <https://www.autocits.eu/>, visitado em 20.05.2018).

8 - Executive Order 2015-09: Self-Driving Vehicle Testing and Piloting in the State of Arizona; Self-Driving Vehicle Oversight Committee. Alterado pela – Executive Order 2018-04: Advancing Autonomous Vehicle Testing and Operation; Prioritizing Public Safety; disponível em [https://azgovernor.gov/sites/default/files/related-docs/eo2018-04\\_1.pdf](https://azgovernor.gov/sites/default/files/related-docs/eo2018-04_1.pdf), visitado em 04.06.2018.

9 - “Self-driving Uber car kills Arizona woman crossing street”, Reuters, 19 de março de 2018; disponível em <https://www.reuters.com/article/us-autos-selfdriving-uber/self-driving-uber-car-kills-arizona-woman-crossing-street-idUSKBN1GV296>, visitado em 25.03.2018.

A confiabilidade e o interesse dos consumidores em adquirirem veículos autônomos certamente passará por repetitivos resultados positivos para os níveis de segurança, bem mais do que conforto, que os fabricantes possam demonstrar como decorrentes dos testes<sup>10</sup>.

Mas não só os consumidores, como também os seguradores estão preocupados com a introdução desses veículos no mercado. Há uma expectativa, advinda de alguns estudos específicos sobre o tema, de que a utilização da tecnologia de autonomia para os veículos produzidos poderá diminuir, não só a venda de veículos – em consequência do aumento de utilização de transporte coletivo e compartilhado –, mas também da consequente redução dos acidentes e roubos de automóveis, impactando na venda de seguros. Há especulações sobre uma queda dos prêmios e apólices contratadas, e a hipótese de incremento de auto-seguro pela indústria ou pelo proprietário do veículo<sup>11</sup>.

Sem dúvida, muitos serão os impactos dos carros autônomos no seguro hoje comercializado, tornando-se imperativo para os seguradores reinventar e inovar, buscando alternativas de produtos que acompanhem a tecnologia disruptiva no setor automobilístico. Passamos assim a analisar os desafios e avanços no âmbito da União Europeia.

---

10 - Segundo Nikolaus Lang, na prática, grande parte dos consumidores ainda são cautelosos quando o assunto em pauta são os veículos autônomos, porque, segundo eles, tais carros acabarão com a esportividade e o prazer de dirigir, terão altos custos de reparação se comparados com os valores envolvendo um veículo tradicional, ou ainda porque jamais conseguirão alcançar um nível de segurança maior que o do ser humano. Contudo, ainda segundo o autor, uma pesquisa feita em 2015, pelo *The Boston Consulting Group e World Economic Forum* mostra que os consumidores estão dispostos a aceitar a introdução dos carros autônomos no mercado. Após consultarem mais de 5.500 consumidores em 10 países diferentes, concluiu-se que 58% aceitariam utilizar a tecnologia, sendo os jovens entrevistados os mais entusiasmados com a ideia (LANG, Nikolaus; Op. cit. 05/06).

11 - Através de um relatório feito no ano de 2015, a KPMG apontou que *a continual decline in the frequency of accidents will drive a drop in industry loss costs and subsequently premium, with a precipitous fall starting as the car stock begins to convert. The mix of insurance will also likely change, as commercial and product liability lines expand. Within 25 years, our models suggest a scenario where the personal auto insurance sector could shrink to 40 percent of current size. The elimination of excess capacity could bring severe market issues, with changing business model and new competitors only adding to the turbulence and speed of change. (Marketplace of change: Automobile insurance in the era of autonomous vehicles. White Paper, KPMG, Outubro de 2015)*

#### 4. O veículo autônomo no âmbito da União Europeia

Os estados membros da UE têm um histórico importante no desenvolvimento de novas tecnologias, e há uma política da própria UE que mobiliza seus órgãos no empenho de regulamentar a adaptação e criação dos novos produtos.

A Alemanha foi um dos primeiros países a aprovar projeto de lei que regulamenta o uso e circulação do veículo autônomo<sup>12</sup>. De acordo com as primeiras regras, deveria existir alguém capaz de assumir o controle do veículo caso necessário, sendo a responsabilidade pelo acidente, em regra, do humano que detinha o dever de vigilância, a não ser que se prove em contrário<sup>13</sup>.

Ainda no que diz respeito ao ordenamento alemão, em 16 de junho de 2017 foi aprovada importante alteração na Lei de Tráfego Rodoviário, para estabelecer os requisitos necessários à circulação dos carros autônomos e determinar os direitos e as obrigações de seus utilizadores<sup>14</sup>. Com a alteração, o utilizador mantém a qualidade de condutor, podendo, contudo, abstrair-se dos acontecimentos do tráfego (ler e-mails ou navegar na internet), desde que esteja receptivo a alertas do automóvel (*wahrnehmungsbereit*).

O Reino Unido é outro que se encontra bem avançado no tratamento das novas tecnologias<sup>15</sup>. Em julho de 2017, foi aprovada

---

12 - Para consultar a lei alemã na íntegra, basta acessar o link a seguir destacado: <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/plenum-kompakt/17/957/957-pk.html#top-27>, visitado em 14.03.2018.

13 - Para auxiliar nesta prova, exige-se que o carro tenha uma caixa preta, a qual registra os dados essenciais da viagem e facilita a apuração de eventual culpa do fabricante do veículo ou do desenvolvedor do sistema de inteligência artificial.

14 - Para obter mais informações sobre a lei alemã, basta acessar o link a seguir destacado: [https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?start=%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbli117s1648.pdf%27%5D#\\_bgbli\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbli117s1648.pdf%27%5D\\_1523973507887](https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbli117s1648.pdf%27%5D#_bgbli__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbli117s1648.pdf%27%5D_1523973507887), visitado em 14.03.2018.

15 - Embora o título indique tratar-se da tecnologia no âmbito da União Europeia, mostra-se importante abordar a matéria no domínio do direito britânico, por entender que lá a regulamentação dos carros autônomos encontra-se avançada em relação a outros países europeus.

e tornou-se oficialmente lei a *Automated and Electric Vehicles Bill*, que regula o uso dos carros autônomos e suas consequências<sup>16</sup>. Também em vigor no UK encontramos o “Código de Prática para Testes”, que orienta os utilizadores sobre o teste de veículos autônomos em estradas ou em outras vias públicas, com recomendações de segurança e orientação para minimização de riscos potenciais<sup>17/18</sup>.

Contudo, ainda não há um marco legislativo para a condução autônoma no domínio do direito comunitário europeu, embora tenham sido inúmeras as iniciativas nessa direção<sup>19</sup>. A preocupação

---

16-Para obter mais informações sobre a lei britânica, basta acessar o link a seguir destacado: <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/automatedandelectricvehicles.html>.

17-Para obter mais informações sobre o código britânico, basta acessar o link a seguir destacado: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/446316/pathway-driverless-cars.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/446316/pathway-driverless-cars.pdf), visitado em 14.03.2018.

18-A Espanha também é outro país que, por meio da Direção Geral do Tráfego, estabeleceu regras para a realização de testes com veículos autônomos nas vias abertas (disponível em <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/normativa-legislacion/otras-normas/modificaciones/15.V-113-Vehiculos-Conduccion-automatizada.pdf>, visitado em 22.05.2018). Da mesma forma, países como Finlândia, Suécia, Suíça, Portugal, entre outros, vêm realizando constantes testes em suas rodovias.

19-Em primeiro lugar, sublinha-se a aprovação pelo Parlamento Europeu, em 16 de fevereiro de 2017, da resolução com *Disposições de Direito Civil sobre Robótica*, que busca regulamentar as bases jurídicas das várias manifestações de inteligência artificial.

Também chamou atenção a criação pela Comissão Europeia do *High Level Group (HLG) GEAR 2030* (“Gear 2030”) que, ao final de 2017, apresentou relatório final que aborda a atual situação e sugere recomendações para os principais desafios e oportunidades que o setor automobilístico verificará nos próximos anos (disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/24c9ad0e-da38-11e7-a506-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-52926290>, visitado em 30.05.2018).

Outra iniciativa foi a criação de um grupo de trabalho para o desenvolvimento da matéria referente aos Sistemas de Transporte Inteligentes no âmbito da UE, o que influenciará certamente nos carros autônomos (disponível em [https://ec.europa.eu/transport/themes/its/road/action\\_plan/liability\\_en](https://ec.europa.eu/transport/themes/its/road/action_plan/liability_en), visitado em 30.05.2018)

em regulamentar os carros autônomos é tamanha que o tema surge constantemente nos debates promovidos pela UE<sup>20</sup>.

Paralelamente, uma série de mudanças deverão alterar ou constituir novas Diretivas europeias. Serão atingidas: a Diretiva 2006/126/CE que dispõe sobre a carta de condução para automóveis<sup>21</sup>; a Diretiva 2008/96/CE relativa à gestão da segurança da infraestrutura rodoviária<sup>22</sup>; a Diretiva 2007/46/CE que estabelece um quadro para a homologação dos veículos a motor e seus reboques, e dos sistemas, componentes e unidades técnicas destinados a serem utilizados nesses veículos; a Diretiva 2014/45/EU relativa à inspeção técnica periódica dos veículos a motor e dos seus reboques<sup>23</sup>; e, por último, as Diretivas 2009/103/CE e 85/374/CE que versam sobre o seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos e a responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, respectivamente<sup>24</sup>.

---

20-Em abril de 2016, por exemplo, os Ministros de Transporte da UE aprovaram a “Declaração de Amsterdã” para cooperação em matéria de veículos autônomos, estabelecendo um passo importante em direção à normatização dessa tecnologia, tanto em termos técnicos, como legais. Dentre outros pontos, ficou acordado que seriam despendidos esforços para a alterar a Convenção de Viena de 1968, a qual regula o trânsito viário internacional e a segurança nas rodovias mediante a adoção de regras uniformes de trânsito, pois tem-se nas normas lá dispostas grande empecilho para o avanço e desenvolvimento dos carros totalmente autônomos, nomeadamente em razão dos requisitos impostos ao condutor no art. 8º. Muito embora esse dispositivo tenha sido objeto de alteração no ano de 2016 para abranger a categoria dos veículos autônomos, persiste a obrigação de ter uma pessoa dentro do carro para o controlar manualmente caso necessário.

21-Com a chegada dos carros autônomos, essa Diretiva deve sofrer alterações para incluir a formação e a autorização para o uso dos veículos sem condutor.

22-A Diretiva 2008/96/CE precisará de uma reforma para adicionar ao seu texto os requisitos referentes aos veículos autônomos. As estradas devem estar devidamente equipadas e conectadas para receber esses veículos.

23-A regulamentação das regras para homologação (Diretiva 2007/46/CE) e inspeção técnica (Diretiva 2014/45/EU) dos veículos autônomos deve ser feita de forma cuidadosa e especial, de modo a atender as normas de segurança impostas pela UE.

24-Ao tratar dessas Diretivas, o parecer final apresentado pelo Gear 2030 não parece ter sido totalmente acertado, pois considerou que as diretrizes de seguro automóvel e de responsabilidade do produto são suficientes pelo menos até 2020, destacando que o segurador, após compensar a vítima

## 5. Os impactos no mercado de seguros na União Europeia

Os carros autônomos já são uma realidade no continente europeu tendo, em muitos casos, já superado as primeiras fases de teste. Os parâmetros legais de hoje, no entanto, ainda precisam de uma atualização para acompanhar a revolução da tecnologia na indústria automobilística.

Essa reforma deve ter um alcance abrangente, e certamente o direito dos seguros não ficará de fora. Em um primeiro momento, entende-se que o Regime Comum do Contrato de Seguro não apresentará tantos problemas para absorver esse novo produto no mercado, fazendo-se necessária apenas uma adaptação prática à nova realidade<sup>25</sup>. Isso, não anula, muito pelo contrário, os desafios a serem enfrentados pelo setor. Os impactos que esta tecnologia disruptiva provocará vão para além do âmbito do seguro automóvel e se farão sentir em relação à responsabilidade civil, risco, fraude e ética.

## 6. O futuro do seguro de responsabilidade civil por acidente de trânsito com automotores face à lei portuguesa

O artigo 137º da Lei do Contrato de Seguro de Portugal introduz o seguro de responsabilidade civil, determinando que o segurador

---

do acidente, poderá propor uma ação judicial contra o fabricante em caso de mau funcionamento ou defeito do sistema de condução automatizada, na forma da Diretiva nº 85/374/CEE. Ao final, destaca o relatório que o sistema de responsabilidade será formado pela jurisprudência e as situações devem ser consideradas caso a caso.

Na verdade, o grupo europeu perdeu a oportunidade de apresentar soluções claras. Considerar que até 2020 as disposições legais vigentes são suficientes para regular as situações controvertidas soa como uma conclusão simplista, diante do tamanho do problema legal com que os veículos autônomos nos brindam. Neste caso específico, a apresentação de ideias e remédios a longo prazo teria sido mais acertada, mas preferiu o Gear 2030 adiar este debate para a frente e “jogar a poeira para debaixo do tapete”.

25 - Basta perceber que os princípios gerais que giram em torno de uma apólice de seguro comum permanecerão aplicáveis, como são os casos, a título ilustrativo na lei portuguesa, do princípio indenizatório, a que aludem os arts. 128º e ss. da Lei do Contrato de Seguro (LCS); do princípio da boa-fé, que se extrai de várias passagens do Código Civil, como o art. 3º, nº 1 e art. 762º, nº 2, bem como dos arts. 24º e 44º da LCS; da regra do *no premium, no risk* ou *no premium, no cover*, previsto no art. 59º da LCS; ou do princípio da relatividade do contrato/das partes; entre outros.

cobrirá o risco até a quantia máxima contratada pelo segurado, a obrigação constituída contra o segurado indenizar terceiros. O seguro de responsabilidade civil em Portugal pode ser facultativo ou obrigatório, e quanto à matéria ora tratada daremos especial atenção à cobertura por um seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007<sup>26</sup>.

Diante da obrigatoriedade de contratar um seguro que garanta a responsabilidade civil perante terceiros em caso de acidentes envolvendo automóvel, a primeira pergunta que surge, quando tratamos de carros autônomos, é se as leis vigentes alcançam as hipóteses de sinistros com esses veículos, ou se deverão ser reavaliadas e alteradas de acordo com os novos conceitos de condutor, automatização e outros que estão por vir.

O legislador, ao dispor sobre as regras que recaem sobre o uso dos veículos automotores e das consequências de sua má utilização, sempre teve por base os automóveis convencionais, ou seja, aqueles que à época da promulgação da lei trafegavam<sup>27</sup>. A ideia de dispensar totalmente a presença de um motorista humano por trás do volante então era algo muito distante da realidade, ao contrário do que sucede nos dias atuais<sup>28</sup>.

---

26 - Ao contrário do que acontecerá no âmbito do seguro obrigatório, no seguro facultativo de responsabilidade civil automóvel (leia-se, aquele que cobre danos próprios) não haverá profundas alterações, principalmente no que toca à pessoa do tomador do seguro, que permanecerá sendo, em regra, o proprietário do veículo. Naturalmente, o interesse em garantir os danos próprios decorrentes de um acidente de viação pertence (e continuará pertencendo) ao beneficiário daquele transporte.

27 - À partida, depara-se com o disposto no art. 11º do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114/94, que estabelece que *todo o veículo ou animal que circule na via pública deve ter um condutor (nº 1), sob pena de ser sancionado com coima de (euro) 60 a (euro) 300 (nº 3)*. Em seguida, o art. 24º, nº 1, determina que *o condutor deve regular a velocidade de modo a que (...) possa, em condições de segurança, executar as manobras cuja necessidade seja de prever e, especialmente, fazer parar o veículo no espaço livre e visível à sua frente*. Esta regra do *driver-only rule*, por si só, mostra que a lei de trânsito precisa de uma reformulação para passar admitir os carros sem condutor.

28 - Para ilustrar essa realidade, através de uma simples leitura do Regime do Seguro Automóvel, encontram-se dezesseis referências ao “condutor/condução” do veículo, v.g., art. 14º que versa sobre as exclusões da garantia dos danos sofridos, ou o art. 15º, que delimita o rol de pessoas

Portanto, mostra-se extremamente relevante, *de jure condendo*, refletir-se sobre possíveis diretrizes para a necessária adequação da ordem jurídica, nomeadamente dos diplomas que tratam do seguro automóvel.

No domínio dos acidentes viários, a regra inicial, prevista no art. 483º do Código Civil português, baseia-se no princípio geral da culpa do causador do acidente. Mais adiante, o art. 503º, nº 1, ao dispor sobre *Acidentes causados por veículos*, fixa a responsabilidade objetiva, fundada no risco inerente à circulação de veículos, e exige dois requisitos para a imputação objetiva da responsabilidade: direção efetiva e utilização no próprio interesse.

Cumpre esclarecer que o primeiro requisito a que alude a norma, apesar de não refletir o termo ideal, significa ter um poder de fato, ou exercer controle sobre o veículo, independentemente da titularidade ou não de algum direito sobre o mesmo<sup>29</sup>. Ressalte-se, neste aspecto, que prevalece na doutrina o entendimento de que a propriedade do veículo faz presumir a direção efetiva e o interesse na sua utilização pelo dono<sup>30</sup>, salvo se tal presunção for ilidida mediante prova em contrário.

Quando as estradas estiverem tomadas por veículos autônomos, a regra geral de culpabilidade do art. 483º será aplicada em casos como o de violação de deveres de prevenção de perigo – por exemplo, concessão de autorização a terceiro para operar o veículo sem instrução. Por sua vez, no que toca à responsabilidade civil objetiva por acidente de viação, o proprietário do carro autoguiado continuará presumidamente responsável pelos danos oriundos dos acidentes, posto que, em regra, não só será o interessado em utilizar o veículo e retirar as vantagens da tecnologia<sup>31</sup>, mas também a pessoa que

---

cuja responsabilidade é coberta. A verdade, entretanto, é que num universo autônomo a nível de transporte, as palavras “condutor/condução” deixarão de ter o significado usual, restando provavelmente inócuos os dispositivos legais que delas fazem menção.

29 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8ª edição, 1º volume, Coimbra: Almedina, 2009, p. 374.

30 - CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII: Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 2016, p. 673

31 - Como já dizia a máxima romana: *ubi commoda, ibi incommoda*. Ou seja, aquele que desfruta vantagens ou benefícios de uma dada coisa ou situação deve também suportar os prejuízos dela decorrentes.

deterá poderes e obrigações sobre o veículo, tais como: controle da frequência de atividade, atualização do sistema de direção autônoma ou manutenção do carro inspecionado periodicamente.

Ainda que assim não fosse, sobre o proprietário também recaí um dever de vigilância, nos termos do art. 493º, nº 1. O carro em si não pode responder pelos atos ou omissões que causam danos a terceiros, i.e., a “coisa” (máquina com inteligência artificial) não tem como ser responsabilizada pelo acidente, *eis que depende de reconhecimento, de personalidade eletrônica ou de um fundo patrimonial próprio*<sup>32</sup>.

Em contrapartida, a responsabilidade pelos danos originados pela circulação dos automóveis autônomos não poderá ser atribuída apenas ao seu proprietário/utilizador. Considerando-se que em caso de acidente com veículos autônomos não existe um condutor humano atuante ou um indivíduo com poder de exercer “controle manual” sobre o veículo, uma vez que a direção é totalmente automatizada e controlada remotamente pelos dados registrados através do sistema de inteligência artificial, não seria razoável atribuir os riscos que circundam o veículo somente ao passageiro, proprietário ou utilizador do mesmo.

O utilizador, apesar de deter o poder de fato sobre a máquina e de gozar da mesma para se locomover, não possui, a princípio<sup>33</sup>, ingerência alguma sobre as decisões tomadas pela inteligência própria

---

32 - Colocação feita por Paulo Mota Pinto no Congresso Direito e Robótica realizado em 16 de Novembro de 2017 no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=MyRkdj-wPpU>, visitado em 20.04.2018.

33 - Chama-se atenção ao disposto na seção 4 da *Automated and Electric Vehicles Bill*. Segundo o projeto de lei britânico, a apólice de seguro envolvendo um veículo autônomo pode excluir ou limitar a responsabilidade do segurador quando os danos sofridos pelo segurado decorrerem de (a) *software alterations made by the insured person, or with the insured person's knowledge, that are prohibited under the policy*, ou (b) *a failure to install safety-critical software updates that the insured person knows, or ought reasonably to know, are safety-critical*. Encontra-se aqui, inclusive, hipóteses de agravamento do risco. Quer dizer, ao (i) fazer alterações ou ter conhecimento de que foram realizadas alterações proibidas pela apólice, ou (ii) deixar de fazer atualizações ao *software* que sabia (ou deveria saber) ser indispensáveis à segurança do veículo, modifica-se, durante a vigência do contrato, as circunstâncias existentes à data da contratação da apólice, resultando em um aumento da probabilidade de o segurador constituir em obrigação de indenizar.

do veículo. Então, com quem o proprietário compartilhará os riscos que o veículo representa?

A reparação dos danos derivados do acidente deverá recair também sobre os fabricantes dos carros e/ou os desenvolvedores e operadores do hardware e software dos mesmos. Melhor dizendo, *de jure condendo*, a obrigação de indenizar terá de ser compartilhada entre o proprietário do veículo, os fabricantes dos veículos e/ou os programadores da direção autônoma – e seus respectivos seguradores (solidariedade ex delicto).

Seria correto ainda falar-se que termina a exclusiva responsabilidade civil da pessoa (condutor) para um compartilhamento, a corresponsabilidade com o fabricante, alterando-se por completo a sistemática atual<sup>34</sup>. Cumpre observar, no entanto, que aplicar o Decreto-Lei nº 383/89, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva nº 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, talvez não seja a via mais adequada<sup>35</sup>, diante das particularidades que circundam

---

34 - Nesse sentido, vale a leitura de artigo escrito pelos italianos Antonio Davola e Roberto Pardolesi, os quais, apesar de sustentarem uma responsabilização exclusiva do produtor, bem traduzem a mudança que haverá no sistema de responsabilidade civil vigente. (DAVOLA, Antonio; PARDOLESI, Roberto. In *viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto (driverless)*. In: Danno e responsabilità, A. 22, Milanofiori, 2017, pp. 627-628).

35 - Enxergam-se três argumentos contra a aplicação do Decreto-Lei:

1º - Tendo em conta que o Decreto-Lei apenas abrange os danos provocados por defeitos do produto, e que, para tanto, cabe ao lesado a comprovação dos danos efetivos, o defeito do produto e a relação de causalidade entre o dano e o defeito, o quadro legal atual pode não ser suficiente para reparar os prejuízos suportados. A bem da verdade, esta prova será diabólica ou impossível em um contexto de sistemas robóticos avançados. Seria o caso de avaliar a possibilidade de presunção do nexo de causalidade.

2º - Mas, ainda que tal prova seja feita pelo lesado, o produtor se beneficiaria do generoso rol de meios de defesa disposto no art. 5.º do mencionado diploma, principalmente aquelas dispostas nas alíneas “d” e “e”: respectivamente, o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas, ou o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito.

3º - Por fim, a aplicabilidade indistinta do referido Decreto-Lei aos acidentes envolvendo veículos autônomos parece incorreta (ilegal, termo juridicamente próprio), visto que a causa de alguns desses acidentes não será propriamente a existência de um defeito no carro. O “equívoco” incorrido por uma decisão tomada pelo sistema de inteligência poderá não ser classificado como um

os veículos autônomos. Entende-se que este produto demanda uma regulação própria, para que seja considerada, nomeadamente, uma maior responsabilidade (objetiva) do fabricante (do carro ou do software) em caso de acidente provocado pela circulação do veículo.

Se assim for, é de se sustentar que, em um futuro próximo, o seguro de responsabilidade civil automóvel passará a ser obrigatório, não só ao proprietário, mas também às montadoras do veículo e aos seus programadores (art. 4º do Regime do Seguro Automóvel)<sup>36</sup>.

---

defeito do produto, e, ainda assim, nascerá uma obrigação de indenizar. No que toca esse terceiro ponto, para alguns autores, como os brasileiros Enrico Rabelo e Dennys Camara, é difícil afirmar que uma decisão autônoma por parte de um sistema de inteligência artificial constitui um erro ou defeito: essa capacidade é um efeito esperado e desejado desse tipo de sistema, e a existência de riscos em tais decisões é reconhecida, aceita, e tecnicamente impossível de se afastar. É o que se denomina risco de autonomia, ou seja, o risco inerente à implementação e uso de sistemas autônomos. (ROBERTO, Enrico; CAMARA, Dennys. Danos causados por carros autônomos. JOTA, de 06 de abril de 2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/danos-causados-por-carros-autonomos-06042018>, visitado em 28.08.2018. Concorda-se parcialmente com a afirmação acima, tendo em vista que a opção feita pelo software, em regra, não deve ser considerada um erro ou defeito. Porém, ao contrário do que sustentam os autores, entende-se que haverá casos em que a decisão tomada pelo sistema de inteligência deve sim ser classificada como errada ou defeituosa. Basta recorrer ao acidente ocorrido no estado do Arizona, em que, embora a vítima tenha atravessado fora da faixa de pedestre, o veículo deveria estar técnica e tecnologicamente programado para reduzir a velocidade ou parar imediatamente. O fato de não ter essa “consciência” ou, para usar a palavra correta, “inteligência”, constitui um erro ou defeito do sistema. Isto é, considerando (i) que espera-se do veículo uma visão global, (ii) que a decisão de uma pessoa humana prudente certamente seria reduzir a marcha do carro convencional e (iii) que o sistema de inteligência dos veículos autônomos devem ser programados para fazer o mesmo e até melhor do que a pessoa humana, a decisão de continuar o percurso e atingir a vítima certamente não era um risco reconhecido, aceito e tecnicamente impossível de se afastar.

O que se defende, contudo, é que, independentemente da constatação de um defeito ou erro por parte do sistema de inteligência artificial, deve-se indenizar a vítima, pelo risco do produto.

36 - Nesse sentido, inclusive, o Parlamento Europeu recomendou na Resolução de 16 de fevereiro de 2017 que *deverá ser criado um regime de seguros obrigatório, que poderá basear-se na obrigação do produtor de subscrever um seguro para os robôs autónomos que produz*. E, caso isso se concretize, a expectativa é de que esses seguros movimentem anualmente US\$2.5 bilhões (CUSANO, John,

Não se pode deixar de destacar também que, dentro desse quadro, em que tanto o proprietário como as empresas responsáveis pela tecnologia do carro serão responsáveis solidários pelos danos decorrentes do acidente, recaindo sobre eles a obrigação de contratar um seguro para proteger terceiros lesados, o direito de regresso conferido ao segurador contra o segurado sofrerá alguns impactos. Primeiramente, espera-se que a maioria<sup>37</sup> das alíneas do art. 27º do Regime do Seguro Automóvel perderá aplicabilidade<sup>38</sup>. Em segundo lugar, o segurador do proprietário terá direito de regresso, não só contra o fabricante e programador dos carros, como também contra o seu segurador, a depender do caso concreto. Assim, surge a hipótese, inclusive, de uma possível ação de regresso entre os seguradores, na forma do art. 497º, nº 2, do Código Civil português.

---

COSTONIS, Michael. *Driverless Cars Will Change Auto Insurance. Here's How Insurers Can Adapt*. In: Harvard Business Review, Dezembro de 2017).

37 - Utiliza-se a palavra “maioria” porque acredita-se que a alínea “h”, por exemplo, permanecerá válida. Diz o dispositivo que o segurador possui o direito de regresso contra o responsável por danos causados a terceiros em virtude de utilização ou condução de veículos que não cumpram as obrigações legais de carácter técnico relativamente ao estado e condições de segurança do veículo, na medida em que o acidente tenha sido provocado ou agravado pelo mau funcionamento do veículo. Por óbvio, nos casos envolvendo veículos autônomos, parece que tal disposição continua sendo aplicável, pois as obrigações de manter o carro em condições de circular com segurança independe de existir ou não um condutor. Exatamente nesse sentido, a Seção 4 do projeto de lei britânico estabelece que o segurador possui direito de regresso contra a pessoa segurada quando o acidente for resultado de: (a) *software alterations made by the insured person, or with the insured person's knowledge, that are prohibited under the policy*, ou (b) *a failure to install safety-critical software updates that the insured person knows, or ought reasonably to know, are safety-critical*.

38 - A alínea “c”, por exemplo, confere à empresa de seguros o direito de regresso *contra o condutor, quando este tenha dado causa ao acidente e conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, ou acusar consumo de estupefacientes ou outras drogas ou produtos tóxicos*. Considerando que nos carros autônomos sequer existe um condutor (e aqui queremos dizer aqueles que dispensam qualquer intervenção humana), mas apenas um ocupante (ou não), será totalmente irrelevante para fins de responsabilização se este ocupante estiver sob o efeito de álcool ou de algum estupefaciente, droga ou produto tóxico.

Por qualquer dos ângulos que se analise a questão, verifica-se que a legislação portuguesa precisará de uma renovação para que os futuros conflitos possam ser corretamente solucionados, pois os diplomas legais em vigor consideram apenas a ideia de que existe um condutor por trás do volante; ideia essa que não se concilia com a tecnologia disruptiva sob análise<sup>39</sup>.

## 7. O futuro do risco no seguro automóvel

Pode-se dizer que o risco<sup>40</sup> é a razão de ser das empresas de seguros e caracteriza-se por ser elemento essencial de uma apólice de seguros<sup>41</sup>. A sua importância é tanta, que a ordem jurídica portuguesa impõe a existência de um risco quer na celebração, quer na vigência de um contrato de seguro<sup>42</sup>.

E é em razão deste protagonismo na relação segurador-segurado que o estudo do risco nos futuros contratos de seguro para carros autônomos revela-se extremamente importante. Como se passa a estudar, se no âmbito dos acidentes de viação o risco corresponde ao perigo que a viatura ou o seu condutor constitui, não há dúvidas de que o risco relativo ao seguro

---

39 - A lei evolui com o tempo, devendo o legislador estar atento às novas necessidades da sociedade. Como ensina Miguel Reale, (...) o *Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte* (REALE, Miguel. *Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente*. In: *O Projeto do Novo Código Civil*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28).

40 - O risco compreende um evento danoso, lícito, futuro e incerto, isto é, que não seja contrário à lei ou ofensivo da ordem pública ou dos bons costumes, que não tenha ainda ocorrido ou cessado, e relativamente ao qual exista uma probabilidade absoluta ou relativa de ocorrência, consoante a incerteza se refira à própria verificação do evento (poderá nunca se materializar o risco de incêndio seguro) ou apenas ao momento da sua certa ocorrência (como sucede no seguro de vida relativamente ao risco de morte) (VASQUES, José. In Martinez, Pedro Romano. *Lei do contrato de seguro: anotada*. 2<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 247).

41 - REBELO, António Jorge. *Acidentes de viação: a regularização dos danos pelo seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 40 e 41.

42 - REGO, Margarida Lima. *Temas de direito dos seguros*. 2<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 390.

automóvel (autônomo) terá novos contornos, seja este facultativo ou obrigatório<sup>43</sup>.

## 8. A reavaliação dos critérios tradicionais, a redução de acidentes e os impactos no valor do prêmio

A sistemática da LCS impõe ao tomador do seguro e ao segurado o dever pré-contratual de declaração inicial do risco. Somente a par de todas as informações relevantes é que o segurador consegue avaliar adequadamente o risco que cerca o contrato, motivo pelo qual os arts. 25º e 26º estabelecem as consequências pelo incumprimento doloso e negligente deste dever.

Para fins desta avaliação no seguro automóvel, os riscos variam de acordo com os dados do condutor e do veículo segurado. De praxe, confere-se bastante importância às informações referentes ao condutor habitual do veículo, sendo o risco maior ou menor a depender da idade e do tempo de habilitação, por exemplo<sup>44</sup>. Por

---

43 - É importante destacar a distinção entre risco e perigo feita por Niklas Luhmann. Segundo o autor, *esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro.* (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992). Resumidamente, o risco está relacionado a fatos humanos, enquanto o perigo a fatos da natureza. Mas, o que dizer dos fatos tecnológicos – nem humanos, tampouco da natureza?

44 - Conforme esclarece o Guia de Seguros e Fundos de Pensões disponível em <http://www.asf.com.pt>, visitado em 07.09.2018, no capítulo referente ao Seguro Automóvel, “fatores como a idade do veículo, a idade do condutor e há quantos anos tem a carta de condução podem influenciar o preço do seguro, de acordo com a tabela específica de cada segurador”. De fato, dados como “Tipo de veículo”, “Modelo”, “Data de emissão de carta”, “Há quantos anos não tem acidentes?” são usualmente exigidas no momento da simulação de um seguro automóvel (por exemplo, ACP - Automóvel Club de Portugal, disponível em <https://www.acp.pt/saude-e-seguros/simuladores/simulador-seguro-automovel>, visitado em 07.09.2018. Apesar de não refletir no risco de sinistralidade, mas sim de inadimplência, também não são poucos os seguradores que exigem informações relacionadas à profissão do condutor (por exemplo, Seguros Continente, disponível em <https://www>.

isso, a falsa declaração acerca do condutor habitual do veículo torna a relação contratual desequilibrada, colocando o segurador em uma posição onerosa, eis que a contraprestação imposta na apólice não compensa o risco segurado.

Ocorre que, na era dos veículos autônomos, os seguradores terão de reavaliar esses critérios de medição do risco. O cálculo atuarial não mais deverá considerar as informações convencionais acerca do condutor, pelo simples fato de que o mesmo deixa de existir, cabendo às empresas de seguro eleger rapidamente novos indicadores de medição do risco.

Por outro lado, conquanto a tecnologia force os seguradores a deixar a tradicional fórmula utilizada, essa mesma tecnologia será uma forte aliada nesta transição: a grande quantidade de informações geradas pelos carros permitirá uma análise mais refinada e precisa dos riscos envolvidos, disponibilizando ao segurado um serviço mais personalizado<sup>45/46</sup>.

---

seguroscontinente.pt/auto/simulador/, visitado em 07.09.2018) e respectiva “situação perante o emprego” (por exemplo, Mapfre Seguros, disponível em <https://simulador.mapfre.pt/netauto>, visitado em 07.09.2018). Tais informações relacionadas à situação profissional, ao contrário das primeiras, podem permanecer sendo solicitadas.

45 - Nesse sentido, confira-se: *The results furthermore emphasize that the telematic risk assessment approach could have the potential for creative destruction in the matter of pricing innovation. The objective data on the individual usage of a vehicle provide new information in actuarial decision making. Thus, this approach could prospectively create a new insurance pricing structure, more differentiated and individualized than before. Insurance who use it can more adequately price the actual risk and gain competitive advantage.* (WEIDNER, Wiltrud; TRANSCHEL, Fabian W. G.; WEIDNER, Robert. *Telematic driving profile classification in car insurance pricing*. In: *Annals of actuarial science*, vol. 11, part. 2, London: Cambridge University Press, 2017, p. 230).

46 - Por outro lado, há quem defenda que, dentro deste cenário em que os riscos, pode-se dizer assim, são mais “previsíveis” para o segurador, o desequilíbrio entre as partes contratantes acaba por se intensificar (ALVES, Paula Ribeiro. *Os desafios digitais no mercado segurador*. In: OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *FinTech: desafios da tecnologia financeira*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 46). Historicamente, a lei dos seguros assume que os indivíduos sabem mais sobre seus riscos pessoais do que o segurador, razão pela qual se exige que os potenciais segurados divulguem as circunstâncias relevantes. O que acontece é que, na era dos dados, o segurador pode saber muito mais

Sem embargo, a coleta de dados para apuração do risco pelos seguradores deve respeitar a privacidade do indivíduo, de modo a garantir que os dados sejam gerenciados adequadamente e transmitidos de forma segura<sup>47</sup>. Deve-se conseguir casar a utilização desses dados com a proteção da personalidade, principalmente considerando o seguro automóvel obrigatório e a função social de tais contratos<sup>48</sup>.

Mas, além da necessária releitura dos critérios balizadores do risco e da importância da utilização da base de dados dos carros na apreciação destes riscos pelo segurador, em respeito ao direito da personalidade do segurado, a tendência é que haja uma redução nos

---

sobre os riscos que aquele indivíduo enfrenta do que ele próprio (Ibidem, pp. 271/272). Há quem diga, inclusive, como o autor Michael Naylor, que o contrato soa moralmente questionável, uma vez que o seguro tradicional se baseia no conceito de “fair-be” (NAYLOR, Michael. *Insurance transformed: technological disruption*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017, p. 272). Esse mesmo autor defende que para evitar uma eventual vantagem por parte do segurador em casos que sabidamente não há qualquer risco, talvez seja interessante impor ao segurador, no momento da proposta, a elaboração de um resumo dos fatores de risco que o indivíduo enfrenta: (...) *regulation will be needed to ensure the insurer provides a summary of the risk factors which the customer faces* (p. 272).

47- Em Nova Iorque, por exemplo, a *congresswoman Grace Weng* apresentou um projeto de lei (H.R.3876) no ano de 2015 para proteger a privacidade do consumidor de veículos autônomos. O projeto representa um passo importante, mas ainda aguarda a tramitação no Congresso. Para consulta, deve-se acessar: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/3876/all-actions?overview=closed#tabs>, visitado em 10.06.2018.

48- A despeito da introdução do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, certo é que o trânsito, a recolha e a destinação dos dados fornecidos pelos veículos, no âmbito da atividade seguradora, necessitam de uma atenção especial, em razão da complexidade e das particularidades da figura. Em primeira ordem, contudo, não parece que seja necessária uma alteração textual da Lei do Contrato do Seguro, especialmente dos arts. 24º e ss., mas sim uma adequação prática, para impor ao segurador/corretor a obrigação de informar e obter autorização do tomador do seguro para dar destinação aos dados disponíveis – principalmente daqueles dados pessoais de categoria especial que exigem um consentimento expresso pelo indivíduo (art. 9º do RGPD). Se assim for, a expectativa é que a judicialização dos conflitos entre segurador e segurado sofrerá considerável redução, na medida em que a grande maioria dos conflitos, hoje presentes no Judiciário, referem-se à etapa de declaração inicial do risco, a qual sofrerá um processo cristalizador e, espera-se, menos controverso.

índices de sinistralidade – pelo menos essa é a promessa da indústria automobilística e o que, de fato, soa mais lógico.

O veículo sem condutor respeitará o limite de velocidade recomendado, manterá a distância razoável dos demais veículos e não avançará semáforos quando estiverem em cor vermelha, evitando, assim, acidentes de viação decorrentes dessas infrações. Como os carros estarão a todo momento conectados com o exterior, os riscos de colisão presumem-se serem cada vez menores, sem contar com uma mais que provável diminuição dos casos de roubo de veículo, o qual estará a todo momento rastreável<sup>49</sup>.

Aliás, não são poucos os estudos que confirmam essa previsão. Uma pesquisa feita na Finlândia assinala que a segurança aumenta em paralelo com o desenvolvimento da automação, embora as conclusões tomadas levem em consideração a intervenção de um condutor caso se faça necessário<sup>50</sup>. Também concluiu desta forma um relatório feito pela *Allianz Global Corporate & Specialty*, estimando uma redução de 90% dos acidentes rodoviários<sup>51</sup>. Nessa mesma

---

49 - No entanto, a principal razão para essa esperada redução de acidentes deriva da eliminação total do condutor humano. Segundo dados fornecidos pela *National Highway Transportation Safety Administration* no ano de 2015, o erro humano estava intimamente ligado com 94% dos acidentes viários (disponível em <https://crashstats.nhtsa.dot.gov/Api/Public/ViewPublication/812115>, visitado em 20.04.2018). Além de fatores como a distração, a embriaguez e o cansaço, os humanos são limitados por sua constituição física: enquanto o homem só consegue enxergar parcialmente o que está a sua frente e aos seus lados, os carros autônomos têm o poder de ver 360° graus e com 100% de precisão. Significa dizer que esses carros podem acompanhar tudo que acontece ao seu redor. Aliás, em um estudo de casos individuais como parte de uma tese de doutorado na Universidade de Regensburg, a obstrução visual foi identificada como uma causa contributiva em 19% de todos os casos (WINKLE, Thomas. *Safety Benefits of Automated Vehicles: Extended Findings from Accident Research for Development, Validation and Testing*. In: MAURER, Markus; et. al. *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects*. Berlim: Springer Open, 2016, p. 358).

50 - Para obter mais informações sobre a pesquisa, basta acessar o link a seguir destacado: [https://www.trafi.fi/tietopalvelut/julkaisut/2015\\_tutkimukset/automaattiajaminen](https://www.trafi.fi/tietopalvelut/julkaisut/2015_tutkimukset/automaattiajaminen), visitado em 27.05.2018.

51 - Para obter mais informações sobre a pesquisa, basta acessar o link a seguir destacado: [https://www.agcs.allianz.com/assets/Insights/Artificial%20Intelligence/Artificial\\_Intelligence\\_Outlook\\_and\\_Risks.pdf](https://www.agcs.allianz.com/assets/Insights/Artificial%20Intelligence/Artificial_Intelligence_Outlook_and_Risks.pdf), visitado em 27.05.2018.

direção, um estudo feito pelo Instituto Técnico de Transporte de Virginia, no ano de 2016, demonstrou que os veículos autônomos são mais seguros e se envolvem em menos acidentes que os veículos convencionais<sup>52</sup>.

Engana-se, porém, quem pensa que os veículos autônomos eliminarão os riscos de acidentes. Mas, a sério, a expectativa é de que os veículos autônomos proporcionem, junto com mais conforto, uma maior segurança aos passageiros e aos pedestres, subtraindo (mas não extinguindo) o risco de acidente a ser coberto pelo segurador<sup>53</sup>. E, ao passo que os riscos se tornam menores, o prêmio devido pelo tomador do seguro descamba a desvalorizar.

Com efeito, a contraprestação a ser paga em um contrato de seguro de automóvel autônomo tende a ser bem inferior do que a que vem hoje sendo praticada<sup>54</sup>. Certamente, tais

---

52-Para obter mais informações sobre a pesquisa, basta acessar o link a seguir destacado: [https://www.vtti.vt.edu/PDFs/Automated%20Vehicle%20Crash%20Rate%20Comparison%20Using%20Naturalistic%20Data\\_Final%20Report\\_20160107.pdf](https://www.vtti.vt.edu/PDFs/Automated%20Vehicle%20Crash%20Rate%20Comparison%20Using%20Naturalistic%20Data_Final%20Report_20160107.pdf), visitado em 27.05.2018.

53-Nesse sentido, confira-se: *For insurance companies, the emergence of autonomous vehicles means a considerable change in their business. Driver-assistance systems are already helping to reduce the number of accidents resulting in injuries to persons and damage to property. In the future, there will be significantly fewer minor accidents when parking, no more contacts between cars during uncontrolled or surprising lane changes and a lot fewer rear-end collisions.* (HERRMANN, Andreas; BRENNER, Walter; STADLER, Rupert. *Autonomous Driving: how the driverless revolution will change the world*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2018, p. 353).

54-A AON Plc. afirmou em um relatório elaborado no ano de 2016 que o valor dos prêmios vai cair 20% até o ano de 2035, e cair mais de 40% no momento em que veículos autônomos atingirem adoção plena (disponível em <http://thoughtleadership.aonbenfield.com/documents/20160911-ab-analytics-gimo.pdf>, visitado em 07.06.2018). Para um estudo feito pelo The Boston Consulting Group no ano de 2015, haverá uma redução nos prêmios de seguro de 30% por veículo como resultado de menos acidentes e melhorias na segurança em geral (disponível em [http://img-stg.bcg.com/BCG-Revolution-in-the-Drivers-Seat-Apr-2015\\_tcm9-64351.pdf](http://img-stg.bcg.com/BCG-Revolution-in-the-Drivers-Seat-Apr-2015_tcm9-64351.pdf), visitado em 07.06.2018). Também no ano de 2015, em uma pesquisa realizada pela KPMG, 71% dos executivos da indústria responderam que o prêmio por apólice sofrerá uma redução com a comercialização dos veículos autônomos (disponível em <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/id-market-place-of-change-automobile-insurance-in-the-era-of-autonomous-vehicles.pdf>, visitado em 07.06.2018). Uma pesquisa

resultados preocupam os seguradores, uma vez que o mercado europeu de seguro automóvel aparece como a principal linha de negócios de seguros não-vida, com receita anual de prêmios de aproximadamente 130 bilhões de euros, segundo dados fornecidos pela *Insurance Europe*<sup>55</sup>.

Seja em virtude da segurança em torno desses veículos, seja ainda em razão da diminuição dos veículos de propriedade privada (maior compartilhamento dos carros), espera-se que em 2026 se dê início a uma queda brusca dos prêmios nos contratos de seguro automóvel, alcançando uma perda de US\$ 25 bilhões para os seguradores até 2035<sup>56</sup>. Naturalmente, essa eminente diminuição de receita por parte dos seguradores fará com que os mesmos tenham que se reinventar, de modo a dar mais valor aqueles riscos não associados propriamente à condução ativa do veículo e a oferecer outros serviços que se tornarão cada vez mais úteis aos segurados.

## **9. As “novas” oportunidades de negócio para o segurador: em especial o seguro contra riscos eletrônicos**

Diante deste cenário, uma reformulação do modelo de negócio dos seguradores se mostrará indispensável para a sobrevivência neste mercado tão competitivo. Uma oportunidade já adiantada neste trabalho será a venda de apólices aos fabricantes e aos encarregados pelo desenvolvimento e operação do sistema de inteligência artificial dos carros autônomos, os quais poderão vir a responder, solidariamente ao proprietário, aos danos causados à vítima dos acidentes. Outra possibilidade seria a venda de seguros para as concessionárias ou os entes públicos por falha na infraestrutura das estradas, na medida

---

produzida pela startup Metromile facilita ainda mais a visualização deste futuro cenário. O estudo se baseia em um modelo de seguro para uma mulher solteira de 20 anos de idade, que vive em San Francisco e dirige 12.000 milhas ao ano, e faz uma análise de como seriam os prêmios de carros disponíveis no mercado se autônomos fossem (disponível em <https://www.forbes.com/sites/gregoryferenstein/2015/07/17/how-much-the-self-driving-version-of-your-car-will-save-on-insurance-in-1-graph/#7f0fc516ed1f>, visitado em 07.06.2018).

55 - As estatísticas referem-se ao final do ano de 2014 e estão disponíveis no seguinte link: <https://www.insuranceeurope.eu/sites/default/files/attachments/StatisticsNo50EuropeanInsuranceinFigures.pdf>, visitado em 05.04.2018.

56 - CUSANO, John., COSTONIS, Michael. Op. cit.

em que o acidente tenha sido provocado ou agravado pelo mau funcionamento das redes ou sinalizações externas das rodovias<sup>57</sup>.

Contudo, por entender que esta cobertura assumirá papel extremamente relevante nos dias modernos que estão por vir e, por ser atualmente uma das dez principais preocupações dos executivos, segundo pesquisa *Global Survey* divulgada pela AON Plc em 2017<sup>58</sup>, optou-se por reservar este tópico aos seguros contra riscos eletrônicos.

Ao passo que a Internet das Coisas (*IoT*) se desenvolve e a aquisição de dados em tempo real cada vez torna-se mais frequente, a proteção contra os crimes virtuais ganha ainda mais notabilidade. Ora, não só as empresas, mas qualquer cidadão que possua acesso à internet ou a um dispositivo móvel inteligente (*smartphone*) está eventualmente sujeito a tais ataques<sup>59</sup>. E o cenário será ainda pior com a chegada do veículo autônomo, verdadeira “internet ambulante”.

Veja-se, os carros convencionais, que possuem bem menos dispositivos conectados que os veículos autônomos (totalmente

---

57 - Não se pode esquecer, ainda, o potencial incremento dos serviços oferecidos nas apólices já oferecidas aos proprietários de veículos. Nesse sentido, os autores Andreas Herrmann, Walter Brenner e Rupert Stadler sugerem os seguintes exemplos: *Here are two examples: (1) Insurance companies could assign vehicles to partner garages based on the telematics data. The customers would not have to take care of anything, as the insurance company would regulate the repair of damage cars with the garage. Costumers might receive a replacement vehicle, but would in any case be sure that the car would be repaired quickly and reliably. The insurance companies would have framework agreements with their partner garages and could therefore save on repair costs. (2) Another service could consist of informing customers of possibly impending breakdowns. However, this would require comprehensive data on the cars' mileage and use, as well as information on the condition of important components such as the battery, fan belt, ignition, tire pressure etc. But it is to be expected that the anticipation of potential breakdowns will be the manufacturers' responsibility. They will have direct access to all vehicle information and are best able to make accurate diagnoses. The remote monitoring of key automotive components is already common practice, at least in some automobile segments.* (HERRMANN, Andreas; BRENNER, Walter; STADLER, Rupert. Op. cit., p. 356-357).

58 - Para obter mais informações sobre a pesquisa, basta acessar o link a seguir destacado: <http://www.aon.com/2017-global-risk-management-survey/pdfs/2017-Aon-Global-Risk-Management-Survey-Full-Report-062617.pdf>, visitado em 12.06.2018.

59 - FRIAS, Hélder. Op. cit., In: OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, p. 230.

conectados), já são comprovadamente simples de invadir<sup>60</sup>. As montadoras dos carros autônomos certamente terão que programar o sistema de inteligência artificial para proteger os utilizadores de eventuais interferências. Porém, ainda que tais medidas sejam tomadas – o que inclusive parece razoável impor como condição para a autorização de venda –, os riscos eletrônicos permanecerão presentes e suscetíveis de causar danos cada vez mais significativos por meio desta nova tecnologia.

À medida que a tecnologia avança, os veículos poderão ser usados como ferramentas para rastrear e roubar informações ou retê-las por resgate (*ransomware*), e quem sabe até mesmo para a prática de ataques terroristas<sup>61</sup>. E, naturalmente, com o aumento dos riscos de danos decorrentes de ataques cibernéticos, o segurador poderá criar novos produtos que poderão oferecer, além de uma série de medidas, instruções e monitoramentos preventivos, cobertura para perdas ou danos causados aos segurados e a terceiros prejudicados pela interferência/invasão virtual ilícita.

A valer, o oferecimento de apólices específicas com cobertura para riscos eletrônicos ou a inclusão desta cobertura no seguro automóvel representam uma ótima oportunidade de novos negócios para os

---

60-Em julho de 2015, dois *hackers*, Charlie Miller e Chris Valasek, desenvolveram uma ferramenta para sequestrar o controle de um Jeep Grand Cherokee, enquanto o motorista, Andy Werden, que não sabia do experimento, estava no volante. Com o controle remoto do carro, os invasores aumentaram o ar-condicionado, desligaram o rádio, acionaram os limpadores de para-brisa e desligaram o veículo enquanto Andy viajava a 70/mph pela rodovia. Ao final, o motorista foi comunicado que tudo não se passava de um teste encomendado pela sua própria empresa (disponível em <https://www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jeep-highway/>, visitado em 03.04.2018).

61-Um problema que deverá ser solucionado é que as apólices tradicionais contra ataques cibernéticos excluem das garantias os danos resultantes de atos de terrorismo e/ou sabotagem, ao abrigo do disposto no art. 45º, nº 2, da LCS. Como, por exemplo, a apólice oferecida pela empresa de seguros Tranquilidade, que, em seu art. 3º, alínea c, exclui das garantias do contrato os danos resultantes ou em consequência de *Atos de terrorismo e/ou sabotagem, como tal tipificados na legislação penal portuguesa* (disponível em <https://www.tranquilidade.pt/documents/5723202/5739832/Mod.+732.081+-+mar+2018+-+CG+Cyber+Risks.pdf/5374fb1d-2da0-4354-9652-1017c37962b2>, visitado em 24.05.2018.

seguradores, que passarão a contar com a venda de um serviço que até então restringia-se a um público empresarial<sup>62</sup>.

## 10. O futuro da fraude no seguro automóvel

Estima-se que as fraudes detectadas e não detectadas representem até 10% de todas as despesas com sinistros na Europa<sup>63</sup>, o que, desde já, releva a discussão do tema. Ainda que nos últimos anos os seguradores e as autoridades policiais tenham atuado em conjunto para aprimorar suas técnicas de detecção de fraudes, por meio principalmente do compartilhamento de informações, as práticas fraudulentas continuam sendo grandes inimigas das empresas de seguro, que, diante da complexidade em identificá-las, seguem causando imenso estrago financeiro.

Acredita-se, contudo, que as fraudes em sinistros envolvendo carros autônomos serão bem menores, ou melhor, mais facilmente detectáveis. Nos dias de hoje, devido ao crescente uso, pela população, dos diferentes dispositivos conectados, há uma enorme quantidade de dados que é produzida diariamente. Para tanto, foi cunhado o termo “*big data*”, que nada mais significa que o imenso volume de dados – estruturados e não estruturados – que tratados ou não, impactam os negócios no dia-a-dia. Dentro deste universo de dados, cabe ao interessado captar as informações relevantes, atribuir a elas um significado e aplicá-las de maneira a agregar valor ao seu negócio.

De fato, as empresas que sabem utilizar adequadamente os dados gerados pelos consumidores saem na frente da concorrência. Conseguem reduzir custos e tempo em processos e serviços, entregar

---

62 - Estima-se que este novo ramo de negócio possa gerar até US\$ 12 bilhões em prêmios anuais, o que pode ser ainda maior, por exemplo, se empresas como a Amazon implantar frotas de veículos autônomos para entregar encomendas (CUSANO, John., COSTONIS, Michael. *Op. cit.*). Seria financeiramente interessante também se os seguradores não só investirem nas coberturas pós-ataque, mas também na oferta de serviços de prevenção: *expertise* em segurança de dados e um serviço de alerta em tempo real aos clientes sob ataque, por exemplo (NAYLOR, Michael. *Op. cit.*, p. 157).

63 - As estatísticas referem-se ao ano de 2013 e estão disponíveis em *The impact of insurance fraud, Insurance Europe*, 2013, cuja íntegra se encontra no link destacado a seguir: <http://cnseg.org.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=485C88E7424C61FD0142DD9935145C56>, visitado em 26.05.2018.

um produto personalizado e tomar decisões de mercado mais ágeis e adequadas. Mas, para além dessas importantes vantagens, quando se confere ao conjunto de dados armazenados uma destinação útil e inteligente, torna-se mais fácil detectar comportamentos fraudulentos antes que eles afetem o orçamento da companhia<sup>64</sup>.

Portanto, no momento em que os carros autônomos forem introduzidos no mercado, as empresas de seguro não só poderão oferecer uma cobertura personalizada ao potencial tomador do seguro e se beneficiar de uma apuração mais precisa dos fatos ocorridos no sinistro, ajudando na rápida identificação do respectivo responsável – conforme já descrito anteriormente –, como também conseguirão detectar um maior número de comportamentos fraudulentos, diminuindo seus prejuízos.

Ora, os veículos do futuro se utilizam de uma pluralidade de dados ambientais e de tráfego para analisar constantemente a sua localização geográfica. Dito de outra forma, os sistemas de inteligência que os controlam estarão sincronizados com uma grande rede que a todo momento alimentará o veículo com dados sobre a sua localização e as informações da estrada. A previsão é de que os sistemas dos carros criarião até 1GB (1.000.000.000 de bytes) por segundo<sup>65</sup>.

Esta enorme quantidade de dados, se utilizada corretamente pelos seguradores, poderá ser uma grande aliada na detecção de fraudes. Basta imaginar uma situação de *fraude dura* ou *grave*, em que um indivíduo, coberto por um seguro facultativo de responsabilidade civil, simula um acidente de viação, alegando que, em determinada hora da madrugada, um outro carro, que transitava acima da velocidade permitida, atingiu o veículo segurado. Se os carros envolvidos no acidente são autônomos, o segurador pode ter acesso à base de dados dos veículos e concluir, por exemplo, que o outro carro não estava acima da velocidade permitida ou

---

64 - Um exemplo da importância do uso correto dos múltiplos dados disponíveis para o combate à fraude aconteceu nas eleições brasileiras de 2016. Através de um cruzamento feito entre os bancos de dados da Receita Federal, do Tribunal de Contas da União e do Tribunal Superior Eleitoral, pôde-se identificar 200.000 (duzentos mil) casos de possíveis fraudes em doações (disponível em [www.g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/blog/eleicao-2016-em-numeros/pos-t/tcu-e-tse-identificam-200-mil-casos-de-possiveis-fraudes-em-doacoes-no-1-turno.html](http://www.g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/blog/eleicao-2016-em-numeros/pos-t/tcu-e-tse-identificam-200-mil-casos-de-possiveis-fraudes-em-doacoes-no-1-turno.html), visitado em 13.03.2018).

65 - SIMOUDIS, Evangelos. *The Big Data Opportunity in Our Driverless Future*. Menlo Park, CA: Corporate Innovators, 2017.

até mesmo que naquele horário os veículos sequer se encontravam perto do local do acidente, detectando, assim, a fraude por parte do segurado.

Da mesma forma, a destinação correta dos dados disponíveis ao segurador poderá também ajudar a diminuir o incumprimento doloso do dever de declaração inicial do risco a que alude o art. 25º da LCS. A grande quantidade de dados permitirá aos seguradores, como já adiantado, avaliar de modo mais preciso os riscos e oferecer uma cobertura personalizada e otimizada de acordo com o modelo, marca e número de acidentes reportados envolvendo o tipo de automóvel que se pretende segurar. Os dados do condutor habitual, – o que não raras as vezes é objeto de falsas declarações por parte do indivíduo –, deixará de ser essencial para a análise do risco, o que eliminará tentativas fraudulentas na fase pré-contratual.

Isto posto, o raciocínio é lógico: com uma tecnologia que permite um maior controle dos movimentos, haverá consequentemente uma maior detecção de fraudes no seguro automóvel – a expectativa é de que em 2025 as práticas fraudulentas serão praticamente erradicadas<sup>66</sup>.

É claro que o risco de comportamentos fraudulentos não será extinto por completo, até mesmo porque, conforme a tecnologia se desenvolve, novas formas de fraude digital surgem, as quais poderão ser capazes de burlar os sistemas de segurança das empresas de seguros<sup>67</sup>. Não há como negar, porém, que a *big data* que acompanha os veículos autônomos servirá como uma ferramenta à serviço das empresas de seguro que influenciará na redução dos casos de fraude no mercado, não só no campo da execução do contrato – produção planejada do sinistro, por exemplo –, como também no âmbito pré-contratual – fase de declaração inicial do risco.

## 11. O futuro do dever de prevenção e limitação dos danos: o problema da ética

A LCS impõe ao tomador do seguro ou ao segurado o dever de empregar os meios ao seu alcance para prevenir ou limitar os danos apenas em caso de sinistro, ao que se chama “*afastamento e mitigação*

---

66-BOOBIER, Tony. *Analytics for insurance: the real business of big data*. Chichester: John Wiley & Sons, 2016, p. 213.

67-Como, por exemplo, *hackear* e alterar o relatório de diagnóstico dos veículos para mostrar supostos defeitos que não existiam na realidade, de modo a criar uma enganosa necessidade de substituir componentes do automóvel (BOOBIER, Tony. Op. cit.).

*do sinistro*” (art. 126º, nº 1). No caso do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel prevê-se que, “em caso de sinistro, o tomador do seguro ou o segurado, sob pena de responder por perdas e danos, obriga-se a (...) tomar as medidas ao seu alcance no sentido de evitar ou limitar as consequências do sinistro” (art. 34º, nº 1, alínea b, do Regime do Seguro Automóvel). A intenção por trás destes dispositivos é concretizar o dever geral de boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762º, nº 2, do Código Civil).

A verdade é que, ainda que não exista nenhuma norma genérica que o consagre na ordem jurídica portuguesa, todos os indivíduos detentores de um automóvel têm um dever ainda maior, o dever geral de prevenir ou limitar os danos antes da ocorrência do sinistro, o qual também compreende uma consagração do princípio da boa-fé, independente de uma norma legal ou cláusula contratual neste sentido<sup>68</sup>.

No que toca ao seguro automóvel, este dever se manifesta, v.g., em situações em que uma colisão é inevitável, momento no qual espera-se do condutor do veículo uma ação positiva ou omissiva com a intenção de mitigar ou otimizar os prejuízos, isto é, escolher o curso de ação, antes da ocorrência do sinistro, que provavelmente levará ao menor número de danos. É evidente que algumas destas escolhas vão além da aplicação literal das leis de trânsito ou de uma direção segura e defensiva: elas exigem um senso de ética ou de moralidade.

---

68 - A título exemplificativo, a lei dos seguros belga impõe em seu art. 241.<sup>º</sup> que, “*dans toute assurance, l’assuré doit faire toute diligence pour prévenir ou atténuer le dommage (...)*”, ou seja, em todo tipo de seguro, o segurado deve agir no sentido de prevenir ou mitigar o dano (tradução nossa).

Da mesma forma, o art. 4:101 dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS) consagra a expressão “medidas de prevenção”, segundo o qual “é uma cláusula do contrato de seguro, qualificada ou não como pressuposto da responsabilidade do segurador, que exija do tomador ou do segurado a prática ou omissão de certos actos, antes da ocorrência do sinistro”. Tal princípio foi inspirado pelo ordenamento finlandês, em especial na sessão 31, que assim dispõe: “*the terms and conditions of an insurance contract may include provisions on devices, apparatuses, procedures or other arrangements introduced with an aim to prevent or restrict the occurrence of bodily injury, property damage or loss, or on guidelines to the effect that the person using or managing the property insured shall have certain competence (precautionary guidelines)*”. E prossegue: “*the insured shall comply with the precautionary guidelines*”. (Vide BASEDOW, Jürgen, ed.; LOACKER, Leander D., colab.; Restatement of European Insurance Contract Law. *Principles of European insurance contract law (PEICL)*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 170).

E quando se pensa no veículo convencional, em que existe um condutor tomando as decisões ao volante, presume-se a existência desta noção ética/moral, por ser uma característica inerente à pessoa humana. Mas quando se trata de um carro autônomo, em que a direção é controlada por algoritmos e sensores programados pelas montadoras, sem qualquer participação da pessoa humana, no caso de uma colisão inevitável e eminente, será que haverá moralidade nas decisões tomadas pela máquina? Caso negativo, em que pé fica o *dever geral de prevenir ou limitar os danos*?

Conforme já analisado, mesmo com a melhor tecnologia imaginável, haverá vezes em que os acidentes com veículos autoguiados serão inevitáveis, devendo os programadores decidir o que os carros devem fazer quando colocados em situações de dilema, por meio de estratégias de otimização de falhas ponderadas com base na ética e na moralidade.

Se os veículos serão capazes de operar de forma responsável nas estradas, eles precisarão replicar de forma aprimorada o processo de tomada de decisão humana. Em situações em que evitar o acidente não é uma possibilidade, os carros devem ser programados para limitar as consequências da colisão, com base num rigoroso nível ético; no entanto, essa é uma capacidade notoriamente difícil de reduzir em algoritmos para um computador<sup>69</sup>.

Um exemplo clássico, que muitos textos sobre o assunto oferecem, é o do idoso e a criança. O que deverá fazer um carro sem condutor se, não existindo outra alternativa, tiver de escolher entre atropelar um idoso ou uma criança<sup>70</sup>? Ora, o primeiro pensamento que surge

---

69 - Para procurar construir essa “moralidade artificial”, o MIT criou o site *Moral Machine* (<http://moralmachine.mit.edu/>), em que convida as pessoas a escolherem o que fariam nas situações que apresenta. A iniciativa deve ser aplaudida, uma vez que, como não há uma resposta fácil e rápida a essa questão, um debate da sociedade parece uma boa saída: quem melhor que a sociedade para decidir sobre os princípios éticos e a participar deste debate? (ALVES, Paula Ribeiro. Op. cit., p. 53). Como não há respostas rápidas e fáceis para essa pergunta, um debate é o único caminho. A sociedade é forçada a refletir sobre os princípios éticos e a participar dessa discussão (HERRMANN, Andreas; BRENNER, Walter; STADLER, Rupert., Op. cit., 252/254)

70 - Esse dilema, inclusive, é um dos colocados na pesquisa realizada pelo MIT, o qual divulgou recentemente que a grande maioria dos participantes optavam por salvar os mais jovens.

na cabeça de um homem médio seria o de que atropelar a criança constituiria um dano mais grave, na medida em que ela ainda teria muito anos de vida pela frente, oportunidade de construir uma família e de se tornar um grande profissional; enquanto o idoso não, sendo certo que ao atropelá-lo estar-se-ia mitigando eventuais danos do acidente.

Ocorre que, por outro lado, optar por atropelar o idoso configuraria uma discriminação pela idade, o que talvez não se apresenta como a melhor opção a nível moral. Foi com base nesta ideia que uma Comissão de Ética formada na Alemanha concluiu que os carros autônomos devem ser programados para salvar o máximo de vidas humanas, mesmo que isso implique a destruição de propriedade alheia ou morte de animais, sem que se faça qualquer distinção com base na idade, sexo, condição física ou mental<sup>71</sup>.

Mas tal concepção ainda não resolve o caso do idoso e da criança. Realmente, essa é uma questão muito complicada e que foge do plano do direito e do objeto central do presente artigo<sup>72</sup>. O que se sabe é que, somente quando os veículos autônomos forem providos de um padrão de conduta ética na tomada de decisões, a condução autônoma será capaz de se afirmar na prática. Sem esses algoritmos morais, os carros sem condutor, apesar de reduzirem os números de acidentes de viação, aumentarão os níveis de seriedade destes acidentes, o que poderá contrariar algumas das expectativas delineadas acima, tal como a diminuição dos riscos e dos prêmios. Ou, num cenário ainda mais caótico, os próprios seguradores poderão recusar a celebração do seguro, diante da imprevisibilidade dos riscos em torno destes automóveis.

---

71 - Os alemães deixam claro que tais regras ficam sujeitas a revisão conforme a tecnologia for evoluindo. É interessante observar que, embora essa solução pareça a mais correta do ponto de vista moral, isso pode afetar potenciais compradores dos veículos, que não estarão dispostos a adquirir um automóvel programado a sacrificá-lo, ao invés, e.g., de atropelar dois pedestres para salvá-lo. A título de curiosidade, no estudo realizado pelo MIT, através da *Moral Machine*, fora detectado que 40% dos participantes optaram por salvar o passageiro, em detrimento do pedestre.

72 - A dificuldade é patente. Basta notar que, conforme detectou a *Moral Machine*, os valores éticos se diferem de país para país, sendo certo que não há uma espécie de moralidade universal para a qual o automóvel deve ser programado.

Assim, entende-se que esses sensores éticos devem funcionar como condição para autorização da circulação dos veículos autônomos. E ciente da importância em regular o tema, a União Europeia vem se mobilizando no sentido de criar diretrizes éticas destinadas a orientar as atividades de robótica e de inteligência artificial<sup>73</sup>.

## 12. Conclusões

Ao longo do artigo, tornou-se claro que são vários os impactos provocados pelos carros autônomos, em inúmeras atividades comerciais e mesmo no dia-a-dia dos indivíduos, tendo-se tratado em especial os efeitos no domínio do seguro automóvel.

No direito europeu muitas são as mudanças que deverão ser implementadas para que os países membros estejam preparados para a chegada e utilização plena dessa tecnologia disruptiva. A comunidade europeia se mostra empenhada em abordar e enfrentar a problemática, mas ainda existe um longo caminho a ser trilhado.

Também no âmbito do direito interno foram destacados pontos que merecem e exigem uma especial atenção.

O primeiro consiste em exatamente definir, *de jure condendo*, quem seria o responsável em caso de um acidente de viação. Tendo em conta que a figura do condutor deixa de existir e que, por isso, os riscos próprios à circulação do veículo devem ser compartilhados, imagina-se que a obrigação de indenizar haverá de ser solidária entre o proprietário do veículo, o fabricante e/ou o programador do sistema da inteligência artificial. Assim, a noção que se tem hoje do seguro de responsabilidade civil automóvel deverá ser revisitada para, quem sabe, impor a esses novos personagens a obrigatoriedade de contratar o seguro, através de alterações a serem implementadas nos atuais diplomas legais.

Em seguida, há que se considerar a grande perturbação que esses

---

73-Propõe-se uma atualização das normas jurídicas em vigor, de modo a construir um quadro legal ético orientador para a criação e utilização de robôs. Ainda a nível europeu, discute-se a importância de os robôs avançados serem dotados de uma caixa negra com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões (disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//PT>, visitado em 20.04.2018)

novos carros exerçerão sobre os riscos associados à apólice de seguro automóvel. Acredita-se que a segurança característica dos veículos autônomos reduzirá bastante o índice de sinistralidade, influenciando diretamente no prêmio a ser pago pelo tomador do seguro. Não obstante, ainda que os riscos de acidentes viários venham a ser bastante reduzidos, novos riscos desafiarão o mercado e novas oportunidades de negócio poderão se apresentar para as empresas de seguro, dentre elas a venda de coberturas direcionadas aos danos resultantes de ataques eletrônicos.

Outra consequência, para que se alerta ao longo do artigo, diz respeito à potencial redução de fraudes no mercado de seguro automóvel. Com efeito, a grande quantidade de dados coletados do sistema de inteligência artificial (*big data*) auxiliará na detecção de fraudes no contrato de seguro, impedindo eventual enriquecimento ilícito por parte do segurado e prejuízo injusto ao segurador.

Por último, colocou-se em debate a preocupação quanto ao futuro dos automóveis e sua utilização, no campo da ética. Isto é, considerando que estaremos diante de uma verdadeira máquina autônoma, um robô, seria possível atribuir-se-lhe a característica de dignidade ou senso moral para tomar decisões envolvendo situações conflituosas? Sem conferir uma resposta definitiva para esta pergunta, tentou-se demonstrar que a programação do veículo para tomar decisões em situações de conflito deve ser uma condição prévia para a concessão de autorização de circulação sob pena de incorrer-se em um aumento considerável do risco, e não uma redução, como esperado.

Concluindo, se possível fosse resumir a mensagem do presente texto em uma frase, ela seria esta: O futuro do automobilismo autônomo chegou; segurados e seguradores, preparem-se para um novo cenário, coloquem o cinto, novos perigos e oportunidades à frente!

### **13. Referências Bibliográficas**

BASEDOW, Jürgen, ed.; LOACKER, Leander D., colab.; Restatement of European Insurance Contract Law. *Principles of european insurance contract law* (PEICL). Munich: Sellier European Law Publishers, 2009.

BOOBIER, Tony. *Analytics for insurance: the real business of big data*. Chichester: John Wiley & Sons, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Direito das obrigações*. Volume VIII. Coimbra: Almedina, 2016.

CUSANO, John; COSTONIS, Michael. Driverless Cars Will Change Auto Insurance. Here's How Insurers Can Adapt. In: *Harvard Business Review*, Dezembro de 2017, disponível em <https://hbr.org/2017/12/driverless-cars-will-change-auto-insurance-heres-how-insurers-can-adapt>.

DAVOLA, Antonio; PARDOLESI, Roberto. In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto (driverless). In: *Rivista Danno e Responsabilità*, A. 22, Milanofiori, 2017.

GLASSBROOK, Alex. *The Law of Driverless Cars: An Introduction*. Somerset: Law Brief Publishing, Inglaterra, 2017.

HERRMANN, Andreas; BRENNER, Walter; STADLER, Rupert. *Autonomous Driving: how the driverless revolution will change the world*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2018.

LANG, Nikolaus; RUBMANN, Michael; MEI-POCHTLER, Antonella; DAUNER, Thomas; KOMIYA, Satoshi; MOSQUET, Xavier; DOUBARA, Xanthi. *Self-driving vehicles, robo-taxis, and the urban mobility revolution*. The Boston Consulting Group, [s.l.], Julho de 2016.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8<sup>a</sup> ed., 1º volume, Coimbra: Almedina, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Lei do contrato de seguro: anotada*. 2<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2011.

MAURER, Markus; et. al. *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects*. Berlim: Springer Open, 2016.

MORALES, Gonzalo Iturmendi. Coches conectados y autónomos. Papel de las aseguradoras. In: *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 61, Primeiro Trimestre de 2017.

NAYLOR, Michael. *Insurance transformed: technological disruption*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *FinTech: desafios da tecnologia financeira*. Coimbra: Almedina, 2018.

REALE, Miguel. *Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente*. In: O Projeto do Novo Código Civil, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

REBELO, António Jorge. *Acidentes de viação: a regularização dos danos pelo seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

REGO, Margarida Lima. *Temas de direito dos seguros*. 2<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, 2016.

ROBERTO, Enrico; CAMARA, Dennys. *Danos causados por carros autónomos*. JOTA, 06 de abril de 2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/danos-causados-por-carros-autonomos-06042018>.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial* (Tradução de Daniel Moreira Miranda). 1<sup>a</sup> ed., São Paulo: Edipro, 2016.

SIMOUDIS, Evangelos. *The Big Data Opportunity in Our Driverless Future*. Menlo Park, CA: Corporate Innovators, 2017.

WEIDNER, Wiltrud; TRANSCHEL, Fabian W. G.; WEIDNER, Robert. Telematic driving profile classification in car insurance pricing. In: *Annals of actuarial science*, vol. 11, part. 2, London: Cambridge University Press, 2017.

# A ingestão de bebida alcóolica por terceiro condutor e a perda da garantia securitária

Alex de Siqueira\*

**Resumo:** Em atenção aos princípios norteadores do contrato de seguro, inclusive por sua função social, tem-se que o agravamento intencional do risco por parte do segurado importa na perda da garantia securitária, conforme previsão do art. 768 do Código Civil pátrio. Apesar das razões lógicas para isso, visto a reprimenda de tal prática, não só por parte das autoridades públicas, como de toda a sociedade, constituindo-se, inclusive, crime, trata-se de conduta reiterada e que, não poucas vezes, por vias transversas, acaba por ser estimulada em decisões judiciais que contemplam o segurado com o pagamento da indenização securitária mesmo no caso de condução de veículo em estado de embriaguez.

**Abstract:** In accordance with the guiding principles of the insurance contract, including by its social function, it is a fact that the intentional aggravation of the risk by the insured person implies in the loss of the security guarantee, as foreseen in art. 768 of the Civil Code. Despite the logical reasons for this, since the reprimand of such a practice, not only on the part of the public authorities, but also of the whole society, constituting itself a crime, is a matter of repeated conduct and that, not infrequently, for is ultimately stimulated in judicial decisions that contemplate the insured with the payment of the security indemnity even in the case of driving a vehicle in a drunken manner.

**Palavras-chave:** seguro, princípio da função social, embriaguez, teoria do risco.

**Keywords:** insurance, principle of social function, drunkenness, risk theory.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do princípio da função social do contrato. 3. A figura do terceiro condutor. 4. Do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça. 5. Referências bibliográficas.

---

\* Advogado no escritório Cabanellos Advogados Associados. Especializado em Direito do Consumidor e Pós-graduando em Direito Securitário pela Universidade Positivo (PR). (alex.desiqueira@cabanellos.com.br)

## 1. Introdução

Atualmente, o Estado em prol do bem da população adota políticas públicas para que os cidadãos tomem consciência do risco que consiste na conduta de ingerir bebidas alcoólicas e assumir a direção de um veículo automotor. Essas políticas visam esclarecer que esse fator é causa de inúmeras mortes no trânsito, conforme apontam dados publicados no jornal da USP, em 15 de março de 2018<sup>1</sup>. A matéria publicada aponta que, segundo os dados da OMS (Organização Mundial de Saúde), aproximadamente 1,25 milhões de pessoas por ano morrem em acidentes de trânsito, sendo que metade dessas vítimas são pedestres, ciclistas e motociclistas.

Dados da Secretaria Municipal de Saúde da cidade de São Paulo também apontam que o número de pessoas atendidas por acidentes de trânsito em prontos-socorros municipais teve o aumento de 18,9%, no primeiro semestre de 2017, em comparação com o mesmo período do ano de 2016. Ainda segundo esses dados, entre os meses de janeiro e julho de 2017, 6.118 pessoas ficaram feridas em acidentes no trânsito, contra 5.146 no primeiro semestre de 2016.

Em matéria disponibilizada no site UOL<sup>2</sup>, há dados da Polícia Rodoviária Federal demonstrando que o álcool foi responsável por 15,6% das mortes ocorridas em acidentes de trânsito no ano de 2016. Somente no Paraná, neste mesmo ano, 3.567 motoristas foram flagrados dirigindo sob o efeito de bebidas alcóolicas.

Dados apontam ainda que dirigir alcoolizado é a segunda maior causa de morte no trânsito, motivo pelo qual o poder legislativo aumentou a pena para condutores embriagados, passando de dois a quatro anos de detenção para cinco a oito anos de reclusão.

Não é necessário muito esforço para entender que dirigir embriagado aumenta sobremaneira o risco de acidentes. Os dados já mencionados atestam isso.

Atenta a isso, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, entidade fiscalizadora e reguladora do setor de seguros, na Carta

---

1 - Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-no-brasil-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em: 02/07/2018.

2 - Disponível em <<https://paranaportal.uol.com.br/cidades/brasil-recordista-mortes-transito/>>, acesso em 23.10.2018.

Circular n.º 08/2007, exclusivamente nos casos de seguro de automóvel, admite a exclusão de cobertura em *danos ocorridos quando verificado que o veículo segurado foi conduzido por pessoa embriagada ou drogada, desde que a seguradora comprove que o sinistro ocorreu devido ao estado de embriaguez do condutor.*

A condicionante constante no final da redação supratranscrita – *desde que a seguradora comprove que o sinistro ocorreu devido ao estado de embriaguez do condutor* – leva o judiciário a reafirmar posição de necessidade da prova de que o estado ébrio foi determinante para o acidente. A título ilustrativo, veja-se:

CONTRATO. ACIDENTE DE VEÍCULO.  
EMBRIAGUEZ. EXCLUSÃO DA  
RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR. DANO  
MORAL. 1 – Para a exclusão da responsabilidade de indenizar, não basta que a seguradora prove o estado de embriaguez do condutor do veículo. Exige-se a prova de que tal fato foi a causa do acidente. 2 – Mero inadimplemento contratual não causa ofensa à honra subjetiva ou objetiva do contratante, e por conseguinte danos morais. 3 – Apelação provida em parte. (TJ-DF – APC: 20140310179737, Relator: Jair Soares, data de Julgamento: 11/05/2016, 6ª Turma Cível., Data de Publicação: Publicado no DJE: 17/05/2016. Pag. 308). (sublinhou-se)

Essa linha, como se verá adiante, vem se alterando em julgados mais recentes do STJ, que vem adotando posição que, uma vez embriagado, presume-se ter o acidente ocorrido em razão desta condição, cabendo ao segurado a prova de que não o foi.

Não se trata, ainda, de questão pacificada na jurisprudência. Assim como não é pacífica a questão da perda da garantia securitária quando o condutor embriagado é um terceiro, e não o segurado.

Não obstante o respeito pelas posições contrárias, tecer-se-á à frente considerações a fim de demonstrar que a condução de veículo em estado de embriaguez não pode ser albergada para fins de concessão de indenização securitária, sob pena de subversão de princípios basilares de direito e de incentivo a tão odiosa conduta.

## 2. Do princípio da função social do contrato

É necessário abordar preliminarmente a importância da função social dos contratos, visto que não devemos analisar o contrato com fim específico em si, mas sim como instrumento visando o bem estar de toda a sociedade.

Paulo Lobo nos ensina que não podem existir conflitos entre os interesses individuais no contrato e os interesses da sociedade, pois o princípio que deve prevalecer é o princípio da função social. Deste modo, o contrato não deve possuir uma finalidade antissocial<sup>3</sup>.

Isso quer dizer que o intuito nos contratos de seguro é beneficiar a sociedade como um todo, não focando somente no interesse individual do segurado. Neste caso específico a importância segurada não deve servir para indenizar o condutor de veículo que agravou intencionalmente o risco em razão de sua embriaguez, pois violaria o referido princípio.

Isso porque, todos os indivíduos sabem que o fato de dirigir embriagado é crime e que coloca a vida de inúmeras pessoas em risco, motivo pelo qual o pagamento de uma indenização securitária em determinados casos estaria beneficiando o indivíduo isoladamente, incentivando-o a realizar tais práticas em detrimento de toda uma sociedade.

## 3. A figura do terceiro condutor

Por terceiro condutor, deve-se entender que não se trata de qualquer terceiro, mas sim aquele que conduz o veículo seja na condição de preposto do segurado, como nos casos de terceiro condutor representante de pessoa jurídica proprietária de veículo automotor, ou mesmo terceiros condutores autorizados voluntariamente pelo segurado, explicitamente ou implicitamente considerando a cláusula de perfil nos seguros de automóveis. Melhor dizendo, estes que chamamos de “terceiros” condutores do veículo segurado no contexto deste artigo, na verdade não são propriamente terceiros, posto que equiparados ao segurado já que por ordem e conta deste.

Em que pesce à exclusão da cobertura admitida pela Circular SUSEP n.º 08/2007, nos seguros de automóvel referentes aos casos em que

---

3-LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 69.

o sinistro ocorreu pelo fato de o segurado encontrar-se em estado de embriaguez, há questão controversa no meio jurídico, no tocante a condução em estado de embriaguez por terceiro condutor (não do segurado), a qual deveria implicar também em perda da garantia da indenização securitária.

Ocorre que muitos operadores do direito entendem que não haveria que se falar em agravamento do risco quando se trata de terceiro condutor, visto que o causador do evento danoso não fora o segurado, conforme se vê:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONTRATO DE SEGURO. EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR. FATO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO CONFIGURADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO. CONTRATAÇÃO DO SEGURO. RECURSO NÃO PROVÍDO. 1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a exclusão da cobertura do seguro por embriaguez dá-se tão-somente quando o segurado contribuiu diretamente para o agravamento do risco previsto no contrato. Esta Corte tem entendimento de que, nos casos de seguro de veículo, a correção monetária tem incidência a partir da contratação do seguro. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1354686/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015, de 10/08/2015). (sublinhou-se)*

Entretanto, tal entendimento revela total contrariedade com as políticas públicas que o próprio Estado incessantemente propaga, bem como destoa do princípio da função social nos contratos de seguro e de seus fundamentos basilares. Inclusive, tal posição incentiva a indesejada conduta de se efetuar a aquisição de determinado veículo automotor em nome de terceiro, para ver-se isento das implicações de uma eventual condução em estado de embriaguez.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão não é pacífica. Já se entendeu na Corte da Cidadania, que o segurado deve ser responsabilizado por culpa *in vigilando* e *in eligendo*, nos casos de entrega do veículo a terceiro, visto que é seu dever velar pelo uso do bem e ônus seu responder pelo uso que dele se faz. É nesse sentido o voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva no Recurso Especial n.º 1.485.717 – SP.

No entanto, também já entendeu o STJ que, sendo terceiro a conduzir o veículo, o segurado não perde a garantia securitária posto que o agravamento do risco não é de conduta direta sua.

Toda essa problemática tem origem na interpretação dada ao art. 768 do Código Civil, que assim dispõe: *o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.*

Parte da jurisprudência interpreta literalmente o dispositivo em comento, para conceder ao segurado o direito à indenização quando o sinistro é ocasionado por terceiro condutor embriagado, lançando argumento de que, se o texto normativo fala em conduta do segurado, esta deve ser de fato do segurado. A conduta de terceiro não faria incidir os efeitos do artigo de lei em debate.

Contudo, tal argumento parece não ser o mais razoável, principalmente se levarmos em consideração os interesses do fundo mutual, que é a coletividade de pessoas com as quais o segurado compartilha o risco (as contribuições do grupo são gerenciadas pelo ente segurador para pagamento dos sinistros que venham a ocorrer).

Dentro desse conceito de compartilhamento de riscos quanto a um interesse (legítimo) segurável, para que o valor dos prêmios não se torne inacessível aos segurados, algumas garantias, por óbvio, são excluídas, como é o caso do sinistro agravado intencionalmente, ou seja, quando causado pela condução de veículo em estado de embriaguez.

Admitindo-se o pagamento de sinistros cujo risco não fora contratado, estar-se-ia prejudicando o fundo mutual, mais especificamente aqueles que agem de acordo com o contrato e não reclamam por eventos não cobertos, na medida em que estes pagamentos de riscos não cobertos entrariam no cálculo atuarial e implicariam no aumento do prêmio a todos os segurados, situação, evidentemente, que não reflete justiça.

Não é à toa que o art. 757 do Código Civil assim dispõe: *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.*

Além de afronta ao que acima já destacado, tal conduta implicaria em não observação da boa-fé objetiva, que é um

princípio a que estão submetidas ambas as partes, a qual está relacionada com deveres laterais ou anexos de conduta, os quais são considerados como deveres de cuidado, respeito, informação, lealdade, colaboração ou cooperação, honestidade, razoabilidade, equidade e boa razão<sup>4</sup>.

Deste modo, caso o terceiro condutor agrave intencionalmente o risco a seguradora deve ser isenta de indenizar o segurado, pois há a perda da garantia securitária, conforme exposto no art. 768 do Código Civil.

A interpretação do art. 768 deve ser realizada em conjunto com os princípios da boa-fé contratual, *pacta sunt servanda* e função social do contrato, eis que a sua violação não afeta somente as partes em si, mas também toda a coletividade.

Assim, as seguradoras inserem em suas cláusulas gerais dos contratos de seguro de automóveis que não será indenizado o risco agravado intencionalmente em razão da condução de veículos em estado de embriaguez, pois aquele que conduz veículo após ter ingerido bebida alcóolica agrava intencionalmente o risco de um eventual acidente.

Ainda, tem-se o fato de que, levando em consideração todo investimento do Estado em prol da conscientização dos condutores de veículos automotores para que não se ponham a dirigir embriagado, não é razoável afirmar que o condutor não possua conhecimento de que não é permitido ingerir bebida alcóolica e dirigir, bem porque temos a própria legislação que imputa tal conduta como criminosa.

Portanto, temos que a conduta do segurado que pleiteia indenização por acidente devido à embriaguez de terceiro viola completamente o princípio da boa-fé objetiva.

Ainda, há fatos e argumentos jurídicos que embasam a tese de que as indenizações securitárias nos casos de terceiros condutores embriagados são indevidas.

Deve-se observar que há uma premissa lógica das leis de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), de que ninguém pode se eximir do cumprimento da lei alegando desconhecimento, conforme

---

4- TARTUCE. Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2.<sup>a</sup> ed. Ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO. 2012.

seu art. 3º dispõe: *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

Desta forma, indiscutível que todos os condutores de veículos automotores possuem conhecimento de que tal prática é proibida por lei, visto que o próprio Código de Trânsito Brasileiro determina pena de reclusão de cinco a oito anos a quem dirigir embriagado:

*Art. 302*

*(...)*

*§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:*

*Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

Ainda, necessário observar que atualmente há tribunais, assim como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo entendimento paira no sentido de que resta ausente a responsabilidade da seguradora nos casos de embriaguez, tendo em vista que é conhecimento geral da população de que tal prática é indevida:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO. PRETENSÃO DEDUZIDA PELA BENEFICIÁRIA. CONDUTOR EMBRIAGADO. AGRAVAMENTO DO RISCO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. PLEITO RECORSAL PARA CONDENAÇÃO DA SEGURADORA DEMANDADA O PÁGAMENTO DA COBERTURA SECURITÁRIA PELA MORTE DO SEGURADO. INVIALIDADE. LAUDO TÉCNICO QUE GOZA DE PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. EXAME DE CORPO DE DELITO QUE APONTA A PRESENÇA DE DEZENOVE DECIGRAMAS E TRÊS MILIGRAMAS DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE. EMBRIAGUEZ COMPROVADA. ACIDENTE OCORRIDO FORA DA PISTA NO LADO DA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO DO*

**VEÍCULO DO SEGURADO. FATO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA.** Todos sabem que a ingestão de álcool incrementa o risco de acidentes; todos conhecem a proibição de beber e dirigir. Tendo o condutor ingerido bebidas alcoólicas e optado por tomar a direção do veículo segurado, pode-se dizer que tal prática extrapola os limites da boa-fé, pois é certo que aumenta consideravelmente o risco de ocorrência do sinistro, que, em situações normais, seria coberto pela seguradora. Assim, tem-se que a cláusula que exclui o pagamento da indenização securitária quando o motorista encontra-se embriagado é plenamente válida e eficaz, devendo ter aplicabilidade no caso em análise (TJSC, Apelação Cível n. 0001935-50.2012.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 30-5-2017). PREJUDICADA A ANÁLISE DO PLEITO DE DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (sublinhou-se)

Ora, as políticas públicas e a própria legislação esclarecem os riscos da prática de dirigir alcoolizado. Desta forma, deve-se afirmar que o condutor embriagado é consciente de seus atos, o qual agrava os riscos do evento danoso, para o qual a negativa de indenização é prática acertada pelas seguradoras e que consequentemente cumpre a função social do contrato.

Portanto, há demasiados argumentos que fundamentam que o estado de embriaguez agrava o risco, e isto é fato, pois ao contrário, o Estado não investiria uma soma vultosa de capital em políticas públicas para vetar tal prática pela população.

Desta forma, não há que se falar que é devida indenização securitária no momento em que o terceiro condutor dirige embriagado, pois o art. 768 do Código Civil deve ser interpretado em conjunto com os princípios da boa-fé contratual, pacta sunt servanda e função social do contrato.

#### **4. Do atual entendimento do Supremo Tribunal de Justiça**

Pelos motivos acima expostos, faz-se necessário pontuar que o entendimento atual do STJ está sendo aos poucos relativizado, visto que em decisões recentes os ministros entenderam que o agravamento intencional do risco por embriaguez exclui a garantia do referido seguro, inclusive nos seguros de responsabilidade civil facultativa.

Isso porque, surgiram divergências postas em pauta a respeito das ações que versam sobre indenizações securitárias decorrentes de sinistros ocasionados pelo terceiro condutor embriagado. Veja-se, a propósito, o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. TERCEIRO CONDUTOR (PREPOSTO). AGRAVAMENTO DO RISCO. EFEITOS DO ÁLCOOL NO ORGANISMO HUMANO. CAUSA DIRETA OU INDIRETA DO SINISTRO. PERDA DA GARANTIA SECURITÁRIA. CULPA GRAVE DA EMPRESA SEGURADA. CULPA IN ELIGENDO E CULPA IN VIGILANDO. PRINCÍPIO DO ABSENTEÍSMO. BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se é devida indenização securitária decorrente de contrato de seguro de automóvel quando o causador do sinistro foi terceiro condutor (preposto da empresa segurada) que estava em estado de embriaguez. 2. Consoante o art. 768 do Código Civil, “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Logo, somente uma conduta imputada ao segurado, que, por dolo ou culpa grave, incremente o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária. 3. A configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos). O agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa in vigilando) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato (culpa in eligendo). 4. A direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária. A bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combalido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade de produção de acidentes e danos no trânsito. Comprovação científica e estatística. 5. O seguro de automóvel não pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados que, muitas vezes, beiram o abuso de direito, a exemplo da embriaguez ao volante. A função social desse tipo contratual

*torna-o instrumento de valorização da segurança viária, colocando-o em posição de harmonia com as leis penais e administrativas que criaram ilícitos justamente para proteger a incolumidade pública no trânsito. 6. O segurado deve se portar como se não houvesse seguro em relação ao interesse segurado (princípio do absentísmo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade. 7. Sob o prisma da boa-fé, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa in eligendo ou in vigilando), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação. 8. Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros). 9. Recurso especial não provido. (REsp 1485717/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 14/12/2016) (sublinhou-se)*

Desta decisão foram interpostos embargos de divergência, em razão da existência de decisões em sentido contrário exarados pela Corte da Cidadania, os quais foram admitidos pela Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, em 22 de maio de 2017, nos seguintes termos:

*[...] Da análise dos autos e do julgado trazido nas razões do recurso, verifico a divergência de posicionamento das Turmas. Dessa forma, reputo presente, em tese, a dissonância de entendimentos entre julgados deste Tribunal, razão pela qual admito os embargos de divergência. Intime-se o embargado para apresentar impugnação, no prazo de quinze dias (art. 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Brasília (DF), 22 de maio de 2017.*

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrigi no Recurso Especial n.º 1.441.620 - ES (2014/0055470-7), assim ponderou com relação à cobertura de responsabilidade civil nos seguros de automóveis:

[...] É certo que em seguros de responsabilidade civil a seguradora tem o dever de garantir o pagamento às vítimas de dano causado pelo segurado - tal é o que dispõe o Código Civil de 2002. Ocorre, entretanto, que esse fato não faz perder a força o argumento de que a ingestão de álcool conjugada à direção viola a moralidade do contrato de seguro, por ser manifesta violação à boa-fé contratual, necessária para a devida administração do mutualismo e para que o seguro atinja sua finalidade precípua, qual seja, minimizar os riscos aos quais estão sujeitos todos os segurados. Principalmente quando a conduta do segurado não só viola a boa-fé contratual como também viola a própria literalidade do contrato. Como todos os outros contratos, o contrato de seguros tem como princípio basilar a 'pacta sunt servanda'. Tal princípio não é consagrado a toa, ele é uma forma de garantir a segurança jurídica e a credibilidade do contrato como instrumento de pactuação da vontade das partes. No caso dos seguros, a pacta sunt servanda é ainda mais importante, tendo em vista que violações contratuais não afetam negativamente só as partes (segurado/seguradora), mas também a coletividade que compõe o fundo mutual e, no limite, toda a sociedade. Como ensina a doutrina, 'Os contratos de seguro em especial exigem das partes contratantes que cumpram rigorosamente seus deveres, mormente porque nesses contratos os deveres não são estabelecidos como forma de proteger somente as partes, mas toda a coletividade que contribui para a formação do fundo mutual. Em outras palavras, quando os contratos de seguro estabelecem cláusulas restritivas de direito, nos moldes do que define o § 4º do art. 54 do CDC, estão estabelecendo regras que devem ser adotadas em respeito à coletividade que formulou o fundo comum do qual sairão os valores necessários para o pagamento de indenizações' (CARLINI, Angélica e FARIA, Maria da Glória. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro - O dever de proteção da mutualidade. MIRAGEM, Bruno e CARLINI, Angélica (org). Direito dos seguros. Fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 79). Tal entendimento também se encontra consolidado no art. 5º da Circular 437 da SUSEP, que dispõe: Art. 5º No Seguro de Responsabilidade Civil, a Sociedade Seguradora garante ao Segurado, quando responsabilizado por danos causados a terceiros,

*o reembolso das indenizações que for obrigado a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da Sociedade Seguradora, desde que atendidas as disposições do contrato . Para além do fato de a cláusula de exclusão de cobertura securitária em caso de embriaguez ao volante estar de acordo com o princípio da boa-fé, há que se ressaltar também que ela se encontra de acordo com os deveres sociais do segurado. Seguros tem impactos amplos na sociedade, uma vez que influenciam o comportamento das pessoas. Por isso mesmo, o objeto de um seguro não pode ser incompatível com a lei. Não é possível que um seguro assegure uma prática socialmente nociva, uma vez que esse fato pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados, o que contraria o princípio do absenteísmo, fruto da conjugação dos arts. 762 (Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro') e 768 ('O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato'), CC/02. No caso específico da ingestão de álcool conjugada com direção, trata-se de infração administrativa gravíssima e crime de trânsito, com pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, segundo o Código de Trânsito Brasileiro. Há de se concluir, portanto, que uma cláusula que exclui a cobertura securitária nessa hipótese está em consonância com a lei e, dessa forma, influencia positivamente a abstenção de comportamentos nocivos por parte dos segurados. Não há que se falar, nesse caso, de abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, visto que não se exige do segurado nada que não possa ser exigido de toda a coletividade. O argumento de que a ineficácia de tal exclusão de cobertura advém da função social do seguro de responsabilidade civil, uma vez que se privilegia a vítima e não o causador do dano não é de todo sustentável, na medida em que a vítima recebe da seguradora, mas, com isso, o causador do dano se abstém de pagar, ainda que no limite da cobertura da apólice. [...]*

Novamente a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, em 27 de fevereiro de 2018 admitiu embargos de divergência interposto pelo segurado, nos seguintes termos:

*[...] Assim resumida a controvérsia, observo, ao menos neste prévio juízo de admissibilidade, que está configurada a divergência entre o acórdão embargado e o julgado confrontado acerca da necessidade de demonstração pela seguradora, para exclusão de cobertura, de*

*que o agravamento do risco pela embriaguez do segurado foi causa determinante para a ocorrência do sinistro. Diante disso, considero, a um primeiro exame, demonstrada a divergência, motivo pelo qual admito os embargos. Vista aos embargados para se manifestar no prazo previsto no art. 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Após, voltem-me os autos conclusos. Intimem-se. Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018.*

Desta forma, caso o STJ analise questões como o princípio da função social e interprete o art. 768 do Código Civil sob a ótica da função social do contrato, haverá julgamento no sentido de que as seguradoras não possuem o dever de indenizar sinistros decorrentes de embriaguez de terceiros em seguros de automóveis, visto que o segurado ao conceder a direção de seu veículo a terceiros, assume total responsabilidade por eventuais sinistros, inclusive aqueles agravados intencionalmente pelo terceiro, os quais levam a perda do direito de garantia securitária.

Espera-se, então, que o Superior Tribunal de Justiça mantenha a tendência de reconhecer a legalidade da negativa de pagamento de indenização securitária em caso de condução de veículo automotor em que o condutor esteja embriagado, seja pelo próprio segurado, seja por terceiro, posto que tal conduta além de afrontar todos os princípios e normativo regentes do contrato de seguro, trata-se de prática odiosa e altamente repudiada pela sociedade.

## **5. Referências Bibliográficas**

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva. 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2.<sup>a</sup> ed. Ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO. 2012.

# O exercício irregular da atividade seguradora por associações de proteção veicular

Rafaela Soares Barbosa\*

**Resumo:** Nos últimos anos, vêm sendo desenvolvidas, em todo país, iniciativas de ofertas de produtos por entidades supostamente protegidas pela liberdade constitucional de associação. Tais iniciativas prometem garantir indenização em caso de dano a um bem, com a denominada *proteção veicular*, expondo os usuários desses produtos a grandes riscos de perdas.

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a irregularidade da comercialização do produto *proteção veicular* pelas associações, por constituir natureza típica de contrato de seguro, não existindo, porém, a devida regularização e fiscalização, o que traduz, ao final, efetivo prejuízo aos seus usuários, que sequer podem ser caracterizados como consumidores.

**Abstract:** In recent years, product offer initiatives by entities supposedly protected by the constitutional freedom of association, have been developed all over the country. Such initiatives as promise to provide indemnification in case of damage to property, such as the so-called *vehicular protection*, exposing the users bringing about the exposure of users of these products to high risks of loss.

The purpose of this article is to demonstrate the irregularity of the commercialization of the *vehicular protection* by the associations. Since it has the typical nature of an insurance contract, but it is not subjected to the proper regulation and supervision, it may result in effective harm to their users, who cannot even be characterized as consumers.

**Palavras-chave:** Seguro. Proteção Veicular. Mútuas. Associação Civil. Teoria da Aparência. Código de Defesa do Consumidor.

**Keywords:** Insurance. Vehicle Protection. Mutual Associations. Civil Association. Theory of Appearance. Consumer Protection Law.

**Sumário:** 1. Conceito e previsão legislativa das associações no Código

---

\* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Membro da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA BRASIL.

Civil e na Constituição Federal. 2. A origem do *seguro mútuo* e sua posterior extinção. 3. As associações de proteção veicular e sua caracterização como contrato de seguro. 4. Os eventuais direitos do usuário do produto *proteção veicular* e a aplicação da teoria da aparência. 5. A Atuação da Superintendência de Seguros Privados e o entendimento jurisprudencial sobre o tema. 6. O Projeto de Lei Complementar nº 519/18. 7. Conclusões. 8. Referências Bibliográficas.

## 1. Conceito e previsão legislativa das associações no Código Civil e na Constituição Federal

Concebida por Arnaldo Rizzardo como *a união ou aproximação ordenada de um determinado número de pessoas, em torno de objetivos comuns, ou em prol de um mesmo ideal, colocando em comum os serviços, as atividades, os conhecimentos, mas sem fim econômico*<sup>1</sup>, a liberdade de associação passou a ser prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Republicana de 1891, cujo artigo 72, § 8º assim dispôs, *in verbis*:

*Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

*§ 8º: A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.*

A partir de então, em virtude do avanço das liberdades e garantias dos indivíduos em face do poder estatal, o direito de associação passou a ser reconhecido como direito fundamental do homem por todas as demais Constituições Brasileiras, ganhando contornos próprios a partir da Constituição de 1934, em virtude de sua dissociação do direito fundamental de reunião.

Atualmente, a liberdade de associação é reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil como um direito fundamental, sendo intensificado o grau de sua proteção jurídica em cinco incisos do artigo 5º da vigente Carta Magna, abaixo destacados:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes*

---

<sup>1</sup> - RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 251.

*no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

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

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

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

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

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

Cumpre observar que a Constituição da República impôs duas condições imprescindíveis para a plena liberdade de associação: *(i)* que a associação tenha fins lícitos, o que não é limitado apenas ao ilícito penal, como também a proibição da utilização da associação para atividades que dependam de autorização; e *(ii)* que a associação não possua caráter paramilitar, é dizer, que não seja criada com objetivos político-partidários, religiosos ou ideológicos, que atuam paralelamente às forças policiais e/ou militares de um país, agindo às margens da lei.

A disciplina infraconstitucional das associações está prevista no Título II, do Livro I, do Código Civil de 2002, que trata das pessoas jurídicas, classificando-as como Pessoa Jurídica de Direito Privado. Os artigos 53 a 61 do Código Civil de 2002 tratam especificamente das associações, merecendo destaque o respectivo conceito legal, insculpido no art. 53, *in verbis*:

*Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não económicos.*

*Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

O conceito legal supradestacado foi fundamental para distinção entre associação e sociedade civil, já que a primeira se propõe a outras finalidades que não as econômicas, o que é diametralmente oposto ao fim econômico e ao objetivo de lucro da segunda, conforme previsto no artigo 981 do Código Civil<sup>2</sup>.

## 2. A origem do *seguro mútuo* e sua posterior extinção

Com o advento do Código Civil de 1916 foi criado o seguro mútuo, previsto especificamente nos artigos 1466 a 1470 do CC/1916, que foi definido como modalidade securitária em que é múltiplo o número de segurados, constituindo uma pessoa jurídica, e que tinha por objetivo a diluição dos riscos e perdas ocorridas pelos próprios segurados que, em lugar de pagamento de prêmio, contribuíam com quotas para arcar com as despesas da administração e o pagamento dos sinistros, conforme consta

*Art. 1.466 - Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido. Em tal caso o conjunto dos segurados constitui a pessoa jurídica, a que pertencem as funções de segurador.*

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

*Art. 1.468 - Será permitido também obrigar a prêmios fixos os segurados, ficando, porém, estes adstritos, se a importância daqueles não cobrir a dos riscos verificados, a quotizarem-se pela diferença. Se, pelo contrário, a soma dos prêmios exceder à dos riscos verificados, poderão os associados repartir entre si o excesso em dividendo, se não preferirem criar um fundo de reserva.*

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

---

2 - Artigo 981 do Código Civil/2002: Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

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

Da mesma forma, o Decreto-Lei nº 2.063 de 1940<sup>3</sup> disciplinou as sociedades mútuas, especificamente nos seus artigos 14 a 33, como aquelas que somente poderiam operar com seguros dos ramos elementares e seguros de vida, sendo ainda especificados todos os requisitos necessários para sua constituição e regular funcionamento.

As principais características do seguro mútuo são destacadas por Adalberto Pasqualotto nos seguintes termos<sup>4</sup>:

*A seguradora mutualista caracteriza-se pela ausência do ânimo de lucro, pela igualdade de direitos e obrigações dos mutualistas e pela existência de um órgão que os congrega e representa (Comas, 1960, p.45-51) A finalidade de lucro é substituída pelo espírito de poupança. Os mutualistas são segurados e seguradores de si próprios. Uma vez que administram seus próprios recursos, há entre eles uma permanente situação de contingência quanto aos resultados econômicos (Comas, 1960, p.24). O valor das quotas pode variar, conforme os resultados. Se houver excedente em relação aos custos e aos pagamentos feitos, todos participam da sobra, mas se a soma dos encargos superar o montante dos recursos, eles terão que cobrir o défice. Os mutualistas têm uma dupla condição: são segurados e associados entre si. Para que se torne segurado numa associação mútua, é necessário que se vincule à entidade que congrega os mutualistas.*

Contudo, o seguro mútuo não foi bem sucedido na sociedade brasileira, visto que, dentre outros motivos: (i) a insegurança das operações induzia os seguradores a limitarem sua responsabilidade em cada negócio, já que as obrigações eram assumidas por pessoas físicas e não por sociedade de grandes capitais; (ii) não existia estrutura técnica para amparo das obrigações assumidas, o que levou à insolvência de diversas organizações, que não asseguravam adequadamente os seus segurados; e (iii) não existia a determinação da responsabilidade de cada sócio, já que os sócios não eram profissionalizados.

---

3- Decreto-Lei nº 2.063, de 7 de março de 1940 – Regulamenta sob novos moldes as operações de seguros privados e sua fiscalização.

4- PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados, III. seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

Sem a devida fiscalização e estrutura financeira para honrarem compromissos, as mútuas causaram prejuízos irreparáveis, pois operavam sem qualquer planejamento, profissionalismo, cálculos estatísticos e atuariais satisfatórios, testes de probabilidade, simulação de riscos e fiscalização.

Devido ao total insucesso das sociedades mútuas, o Decreto-Lei nº 73 de 1966, com vigência a partir do dia 22 de novembro de 1966, instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados e determinou que todas as operações de seguro seriam desenvolvidas, apenas por companhias seguradoras autorizadas a funcionar pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, com o destaque de que as cooperativas somente poderão operar com seguros agrícolas, de saúde e de acidente de trabalho.

O Decreto-Lei nº 73 de 1966 também revogou expressamente todas as disposições de leis, decretos e regulamentos em sentido contrário, trazendo como consequência a revogação do Decreto nº 2.063 de 1940. Além disso, os artigos 1466 a 1470 do Código Civil de 1916, que disciplinavam a modalidade do “seguro mútuo”, foram facilmente revogados a partir do advento Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 2002).

### **3. As associações de proteção veicular e sua caracterização como contrato de seguro**

Durante os últimos anos foram criadas diversas associações privadas, que oferecem o produto denominado *proteção veicular*, com rol de serviços disponibilizados para seus associados, dentre eles: a assistência 24 horas; o reparo do veículo, em caso de colisão, acidentes, furto ou roubo recuperado; a proteção contra terceiros; e a proteção contra roubo, furto ou perda total, conforme valor do mercado.

As associações de proteção veicular foram criadas para atender a um grupo de consumidores que, aparentemente, não estariam sendo atendidos pelos serviços disponibilizados pelas seguradoras, em especial no tocante a inexistência de cobertura para automóveis com mais de 10 anos de uso, carros importados com mais de cinco anos de fabricação, caminhões, motocicletas de baixa cilindradas, carros que transitam em áreas de grande risco, entre outras limitações existentes para contratação de seguros e não exigidas para a contratação da chamada proteção veicular.

Amparadas pela liberdade associativa garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais associações vêm ofertando seus produtos em todo território nacional por meio de vendedores externos autônomos, anúncios em jornais, *outdoors*, internet e até por meio de panfletagem em semáforos, ressaltando que os serviços de proteção e assistência automobilística são fornecidos por meio de um sistema mutualista de rateio, em que os prejuízos são divididos entre todos os associados.

Em virtude da ostensiva oferta de serviços é possível estimar que existam no Brasil, na atualidade, cerca de mil e setecentas associações, que atenderiam cerca de dois milhões de automóveis, cem mil motocicletas e oitenta mil caminhões participantes de programas de proteção.

Para garantir seu funcionamento, as associações de proteção veicular fundamentam sua legalidade com base no Enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que ao interpretar o artigo 757 do Código Civil, dispõe que a *disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão*.

Além disso, as associações de proteção veicular contam com o controle e a regulamentação da Agência de Autorregulamentação das Entidades de Autogestão de Planos de Proteção Contra Riscos Patrimoniais - AAAPV, intitulada como principal entidade representativa do setor associativista e responsável pela fiscalização de suas 151 (cento e cinquenta e uma) associações filiadas, conforme seu Estatuto Social e Código de Ética, ambos disponíveis em seu sítio eletrônico<sup>5</sup>.

Ocorre que, sob toda essa roupagem “associativista”, as entidades de proteção veicular oferecem verdadeiro contrato de seguro, utilizando, nos mais das vezes, a mesma linguagem típica do mercado segurador, sem seguir, no entanto, qualquer das exigências legais para tanto.

Além disso, os produtos oferecidos pelas associações de proteção veicular apresentam as características básicas e essenciais da atividade seguradora.

---

5- Disponível em: <<http://www.aaapv.org.br/institucional/estatuto-e-codigo-de-etica/>>. Acesso em: 10/03/2019.

Conforme conceituado no artigo 757 do Código Civil de 2002, *pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*

O referido dispositivo, incorporando amplamente os ensinamentos da doutrina especializada sobre a matéria, prevê a existência de diversos elementos no contrato de seguro, a saber: o risco; a garantia; o interesse; e o prêmio, além de impor a exigência da empresariedade<sup>6</sup>. Todos esses elementos e características encontram-se presentes na *proteção veicular*, conforme abaixo destacados:

1) O *risco*, que pode ser definido como a possibilidade de vir a ocorrer um evento predeterminado capaz de lesar o interesse garantido<sup>7</sup>, pode ser nitidamente observado nos serviços oferecidos pelas associações, que são destinados à cobertura de infortúnios que possam acontecer com um automóvel, tais como *colisão, incêndio e roubo ou furto qualificado, riscos típicos de um seguro de dano*.

2) A *garantia*, que é a segurança que terá o segurado de que, caso venha a ocorrer o evento danoso, terá a indenização que lhe é devida, igualmente é encontrada na *proteção veicular*, uma vez que o associado receberá, em troca do valor de rateio e das mensalidades, uma *cobertura* contra um *sinistro*.

3) O *interesse segurável*, classificado como o bem ou o fato da vida que se quer ver preservado, é encontrado tanto no seguro de dano como na *proteção veicular* como sendo o próprio automóvel, já que ambos visam cobrir eventos como acidentes, colisões ou furtos.

4) O *prêmio*, que é o *preço do risco, a contraprestação que a seguradora recebe pela responsabilidade assumida*<sup>8</sup>, é obtido pelas seguradoras a partir de um cálculo atuarial que leva em consideração o *volume estatisticamente estimado*

---

6 - TZIRULNIK Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2003, p. 29. CAVALCANTI, F.Q.B, PIMENTEL, A.

7 - TZIRULNIK Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2003, p. 36.

8 - KARAM, Munir. *Do contrato de seguro no código civil: noções fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 834.

*de indenizações decorrentes de danos sofridos durante certo período por uma massa de segurados*<sup>9</sup>. Entretanto, não deixa de haver prêmio pela circunstância de ele ser calculado após a ocorrência dos sinistros<sup>10</sup>, como ocorre nas associações, que realizam um *rateio* mensal dos prejuízos entre os seus associados no mês seguinte às apurações dos prejuízos. Assim, o fato de as associações distribuírem seus ônus da forma que melhor entender (rateio mensal) não descharacteriza a presença do prêmio e de uma garantia, estes, sim, elementos do contrato de seguro.

5) Já a *empresariedade*, que decorre do parágrafo único do artigo 757 do Código Civil, pelo qual *somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada*, igualmente pode ser observada tanto no contrato de seguro, quanto nos serviços ofertados pelas associações de proteção veicular. E isto, porque a circunstância de travestir-se de associação, por evidente, não altera magicamente a realidade, como se tal manobra formal fosse capaz de fazer com que a atividade desenvolvida pelas associações passassem a ser consideradas uma coisa diversa, e não mais a atividade de oferecimento de seguros privados ao mercado.

Para a constituição de uma sociedade seguradora são exigidos vários requisitos, como forma societária específica, constituição de provisões técnicas para cobrir todos os riscos contratados, aplicação obrigatória em ativos garantidores e capital social mínimo que atendam a padrões de segurança e liquidez, tudo em conformidade com os critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP.

Além disso, as sociedades seguradoras ainda são submetidas à rigorosa fiscalização por parte da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, órgão integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados, ao qual compete fiscalizar a atividade seguradora, devendo ainda ser destacado que o mercado de seguros é um dos mais regulamentados da economia brasileira.

---

9- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562, v. 2.

10- BORGES, Nelson. *Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26: *Uma grande e significativa mudança foi registrada na primitiva forma de indenização: no início, os sinistros eram remedeados após sua ocorrência; hoje, a prevenção das perdas é estimada por antecipação atuarial, por via de um pagamento, denominado prêmio, considerado como conditio sine qua non para a contrapartida indenizatória das seguradoras.*

Para garantir sua solvência e o pagamento das indenizações assumidas, as seguradoras contam com provisões técnicas e com mecanismos destinados a pulverizar os riscos assumidos, que são o cosseguro<sup>11</sup>, o resseguro<sup>12</sup> e a retrocessão<sup>13</sup>. Isso não ocorre com as associações de proteção veicular que, por atuarem à margem da regulamentação do setor, acabam por praticar a autogestão, administrando os recursos arrecadados, sem qualquer fiscalização e sem parâmetros fixados por órgão regulador.

Para atuar no setor de seguros privados é obrigatório sujeitar-se à regulamentação do setor. Se uma organização atua como seguradora, sem atender a legislação, essa circunstância caracteriza ilegalidade, e não é aceitável que uma associação de proteção veicular, para furtar-se da regulamentação do setor de seguros, viole a regulamentação.

Apesar da gravidade da conduta à margem da lei, cada vez mais se tem notícias de associações que atuam oferecendo coberturas de riscos aos seus usuários como se fossem seguradoras, porém, sem a devida autorização governamental, sem as garantias das provisões técnicas, sem sujeição ao sistema de capital mínimo, fundo garantidor e margem de solvência, e ainda sem fiscalização e pagamento de tributos.

Diferente da definição de grupos restritos de ajuda mútua prevista no Enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, as associações de proteção veicular ofertam produtos e serviços em todo o território nacional de forma pública e ostensiva, mediante um complexo regime de oferecimento de coberturas a sinistros ocorridos com veículos, havendo até mesmo a cobrança de taxa de adesão para vistoria e taxa de administração mensal, contrariando a essência das associações civis, que são criadas para grupos devidamente identificados.

---

11- Repartição de um mesmo risco segurado entre vários seguradores, ficando cada um deles responsável direto por uma quota-parte determinada do valor total do seguro.

12- Operação pela qual o segurador, com o fito de diminuir sua responsabilidade na aceitação de um risco considerado excessivo ou perigoso, cede a outro segurador uma parte da responsabilidade e do prêmio recebido.

13- Operação feita pelo ressegurador e que consiste na cessão de parte das responsabilidades por ele aceitas a outro ou resseguradores.

Para melhor destacar as principais diferenças existentes entre as operações exercidas pelo mercado regular e pelas associações de proteção veicular, segue tabela extraída da página 36 do Texto de Pesquisa 07 do Centro de Pesquisa e Economia do Seguro, que trata das Cooperativas e Associações Civis de Proteção Veicular, vejamos:

	Seguradora	Entidade Marginal
<b>Quanto aos requisitos de operação:</b>	<p>Adora em geral a forma de Sociedade Anônima.</p> <p>Capital mínimo de até R\$15 milhões para atuação em todo território nacional.</p> <p>Diretoria com experiência comprovada nesse ramo de atividade.</p> <p>Minucioso plano de negócio que demonstre a SUSEP a viabilidade do empreendimento.</p>	<p>Apenas os exigidos pela legislação para constituição de uma sociedade empresarial comum ou uma associação.</p> <p>Não dispõem de patrimônio mínimo exigido por lei.</p> <p>Nenhuma exigência de experiência quanto ao conhecimento da gerência da entidade.</p>
<b>Quanto às garantias exigidas na operação:</b>	<p>Devem constituir provisões técnicas, de acordo com regras matemáticas e estatísticas.</p> <p>Manutenção dos ativos em montante suficiente para fazer frente ao total de provisões técnicas constituídas.</p> <p>Exigência de ativos garantidores livres e desembaraçados de qualquer ônus e que possuam liquidez e que devem permanecer custodiados em entidades vinculadas ao rígido controle da SUSEP</p>	<p>Definida apenas pela gerência se constitui ou não algum tipo de provisão contábil e de se reservar, ou não, ativos para honrar os compromissos futuros.</p> <p>A definição da forma e do tipo de risco assumido na aplicação da poupança coletiva e qual sua destinação final são definidos pela gerência da entidade.</p> <p>Uma simples ordem de transferência bancária por parte de um dos gerentes da entidade pode fazer com que toda a poupança coletiva desapareça. Sem limites de atuação na gestão do patrimônio alheio.</p>
<b>Quanto aos controles exigidos na operação:</b>	<p>Obrigação de possuir uma política corporativa e de controles internos formalmente estabelecidos e normativos internos alinhados à legislação em vigor.</p> <p>Submeter à SUSEP os planos securitários comercializados e suas respectivas notas técnicas atuariais, os quais devem seguir toda a legislação.</p> <p>Observar os limites de retenção de riscos ou operacionais, estabelecidos de acordo com a capacidade financeira e aprovação da SUSEP, de maneira a impedir assunção de riscos em montante incompatível com o porte financeiro da empresa.</p> <p>Planos securitários tecnicamente estruturados, de acordo com o volume de segurados com base atuarial.</p> <p>Combate à lavagem de dinheiro.</p>	<p>Sem qualquer controle, estabelecendo por livre arbítrio de seus gerentes as suas formas de suas atuações.</p> <p>Se propõem a garantir o pagamento de benefícios cujo montante vai além da capacidade financeira da empresa ou associação, sem qualquer ciência dos associados ou participantes.</p> <p>Planos sem nenhuma base técnica atuarial.</p>

**Fonte:** Tabela e resumo realizado por Miro Cequinel, com base no trabalho do analista técnico da SUSEP José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira. Revista Brasileira de Risco e Seguro (2016).

Conforme a planilha ao lado, podemos concluir que:

- As associações não possuem qualquer fiscalização e supervisão, o que implica, inclusive, a inexistência de disciplinamento ético e julgamento de suas condutas, já que atuam sem qualquer tipo de controle, o que não ocorre com as seguradoras, que são fiscalizadas, supervisionadas e monitoradas pelo Ministério da Fazenda e pela SUSEP.
- As associações não possuem reservas técnicas para o pagamento dos seus sinistros que, inclusive, dependem de aprovação por Assembleia Geral Extraordinária e, ainda, os seus associados são responsáveis solidários pelos pagamentos das indenizações dos demais participantes, o que não ocorre com as seguradoras, que assumem integralmente os riscos predeterminados e possuem reservas técnicas para honrar todos os compromissos financeiros firmados, sendo os segurados amparados pelos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor;
- As associações, por não possuírem fins lucrativos, possuem diversos benefícios tributários, dentre eles o não pagamento de Imposto de Renda – IR, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISQN, tributos esses devidos pelas Seguradoras.

Neste sentido, apesar de atuarem como seguradoras, as associações não cumprem qualquer exigência legal, não são fiscalizadas e gozam de diversos benefícios tributários, podendo, por conseguinte, proporcionar aos seus associados um custo inferior àquele oferecido pelas seguradoras legalmente constituídas e que possuem diversas obrigações legais e tributárias.

Essa situação caracteriza extrema vantagem jurídica e econômica para as associações, quando comparadas às seguradoras, porque se forma o cenário perfeito da concorrência desleal em relação às empresas que atuam no mercado de forma regular, prática vedada pela lei maior do país, porque agride um dos princípios constitucionais da ordem econômica.

A concorrência desleal caracteriza-se por atos comerciais contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade econômica,

com o objetivo essencial de desviar clientela<sup>14</sup>. Os atos de concorrência desleal violam normas de lealdade, honestidade, boa fé e boas práticas.

De certa forma, a oferta do produto *proteção veicular* pelas associações representa o retorno das mútuas que, conforme já afirmado em tópico pretérito, tiveram um histórico de insucesso e representaram significativo retrocesso em razão dos riscos para seus associados.

Por fim, ainda deve ser destacado que a existência de pessoa jurídica que opera seguros privados sem a devida autorização da SUSEP configura prática de *crime contra o sistema financeiro*, conforme previsto no artigo 16 c/c artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 7.492/86<sup>15</sup>.

Diante dos argumentos ora elencados e, tendo em vista que a venda do produto *proteção veicular* (i) é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da isonomia, de defesa do consumidor e da livre concorrência; (ii) restaura modalidade de mútuo que causou prejuízos à sociedade; (iii) fomenta a concorrência desleal, tendo em vista que as seguradoras são reguladas e fiscalizadas por órgãos específicos, o que não ocorrerá com as associações previstas no projeto e (iv) ameaça o consumidor, que não terá nenhuma garantia de que receberá a indenização em caso de sinistro envolvendo o seu patrimônio e, que não contará com a proteção do Código de Defesa do Consumidor, é possível afirmar que essa prática constitui, em verdade, o exercício irregular da atividade seguradora.

#### **4. Os eventuais direitos do usuário do produto *proteção veicular* e a aplicação da teoria da aparência**

Conforme já exposto, o produto *proteção veicular* possui diversas semelhanças com o seguro, já que suas coberturas e até mesmo as denominações utilizadas são semelhantes e, por vezes, até iguais àquelas utilizadas pelas companhias seguradoras.

---

14 - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006, p.240.

15 - Lei nº 7.492/86: Art. 1º (...) Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; (...) Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Anunciadas em *outdoors*, panfletos e principalmente pela internet, os adquirentes do produto *proteção veicular*, em sua grande maioria, acreditam que estão adquirindo um seguro convencional, que é uma atividade confiável e regulada.

As associações confundem o consumidor e oferecem um produto que não tem a proteção e segurança esperadas, violando-se o dever de informação adequada exigido pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, III e 31)<sup>16</sup>.

Além disso, tendo em vista que a oferta do produto *proteção veicular* é feita por associações, os seus participantes não estão amparados pelas normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, e são surpreendidos quando constatam que são responsáveis solidários pelo pagamento da indenização dos demais participantes, pelo denominado plano de rateio, o que por vezes somente é evidenciado apenas após o sinistro, quando o participante não recebe a sua indenização por ausência de reserva.

Cumpre destacar que a atividade securitária está prevista como relação de consumo, conforme disposto no artigo, 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

*Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)*

---

16-DC: *São direitos básicos do consumidor: (...) 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; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) (...) Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Assim, o exercício irregular da atividade seguradora pelas associações de proteção veicular poderá ensejar graves danos aos consumidores, uma vez que, na eventualidade de ocorrência do sinistro, os proprietários dos veículos não possuem a garantia de que serão indenizados e, ainda, não poderão se valer dos benefícios previstos na Lei nº 8.078/90.

A falta de garantias e proteção ao consumidor nas relações com essas associações tem sido amplamente noticiada por diversos veículos da imprensa nacional, conforme destaques abaixo:

- *Notícia da Revista Quatro Rodas, veiculada em junho de 2016 e novamente em junho de 2017<sup>17</sup>, afirma que “cooperativas oferecem seguros até 70% mais baratos que as seguradoras tradicionais. Mas tome cuidado com os riscos”.*
- *Matéria de O Globo de 24.04.2017 relembra que “Vendida como seguro, proteção veicular deixa motoristas na mão. Empresas não são seguradoras. Prática é investigada pelo Ministério Público”<sup>18</sup>.*
- *Reportagem do jornal Extra de 6.08.2017: “Vendida por cooperativas e associações de classe, como se fosse um seguro automotivo, a proteção veicular tem deixado muitos motoristas na mão na hora de acionar o serviço”<sup>19</sup>.*
- *Reportagem da Gazeta do Povo: “Seguros piratas usam de má-fé para lesar clientes”<sup>20</sup>.*

---

17-Quatro Rodas, disponível em: <https://quatrorodas.abril.com.br/autoservico/cooperativas-de-seguro-um-negocio-entre-amigos/>. Acesso em: 10/03/2019.

18-O Globo, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/vendida-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21243890>>. Acesso em: 10/03/2019.

19-Extra, disponível em: <[https://extra.globo.com/noticias/economia/vendida-por-cooperativas-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21671311.html?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Social&utm\\_campaign=Extra](https://extra.globo.com/noticias/economia/vendida-por-cooperativas-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21671311.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=Extra)>. Acesso em: 10/03/2019.

20-Gazeta do Povo, disponível em:<<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/seguros-piratas-usam-de-ma-fa-para-lesar-clientes-984yyvqb0jzr2wni2o142gy8e>>Acesso em: 10/03/2019.

Em virtude da proposital semelhança do produto *proteção veicular* com o contrato de seguro, o Poder Judiciário, reconhecendo a situação frágil do associado/consumidor dessas associações, vem, em apreço à teoria da aparência, reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a alguns casos de Proteção Veicular.

A teoria da aparência vem sendo reconhecida, por quanto o associado, levando em consideração todas as semelhanças do produto *proteção veicular* com o contrato de seguro, acredita plenamente que está adquirindo um seguro convencional, devendo ser levado a efeito o seu ato jurídico se assemelhar o associado ao terceiro de boa-fé.

Em conformidade com a Teoria da Aparência, se uma associação se fez passar por uma seguradora, cobrando e recebendo valores de prêmio, ela se obriga a responder pelos termos do que seu associado entendeu que lhe foi prometido, ou seja, indenização decorrente do risco materializado sem qualquer tipo de rateio, porque os valores consignados a título de contribuição do contratante já foram pagos.

Neste sentido, cabe destacar os julgados abaixo, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que se decidiu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor no pagamento de seguro celebrado por associações, vejamos:

*APELAÇÃO. ORDINÁRIA. PAGAMENTO DO SEGURO POR ASSOCIAÇÃO. CDC. APLICAÇÃO. INTERPRETAÇÃO FAVORAL AO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.*  
*A relação estabelecida entre associação e associado é consumerista visto que aquela oferta produtos ou serviços ao mercado, condicionando essa oferta a uma prévia adesão associativa dos consumidores em caráter final. O valor a ser apurado para o pagamento do seguro de autos deve ser o da tabela FIPE na data do evento danoso, interpretando-se o contrato/regimento a favor do consumidor associado. Demonstrado que o valor da indenização por danos morais está aquém do caráter pedagógico da sanção, é possível a sua majoração.*

(TJ-MG - AC: 10114120069942002 MG, Relator: Antônio Bispo, Data de Julgamento: 31/08/2017, Câmaras Cíveis / 15<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/09/2017)

*APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ASSOCIAÇÃO. PROTEÇÃO VEICULAR. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVAMENTO DO RISCO. FALTA DE PROVA. SALVADO. PROPRIEDADE DA ASSOCIAÇÃO.* O contrato celebrado entre associação e associado que tem como objeto a proteção veicular é regido pelo CDC, dado o caráter de prestador de serviços da associação ré e a caracterização de consumidor como o indivíduo que adquire ou utiliza um serviço como consumidor final. Para que haja a exclusão da responsabilidade da ré quanto ao pagamento da cobertura contratada é necessário, além de comprovar que o condutor adotou conduta de risco, a constatação de que houve nexo causal entre tal conduta e o acidente. Em caso de perda total do veículo, sendo a associação condenada a ressarcir os danos, o salvado bem como os seus documentos, como consequência lógica, devem ser a ela entregues, livre de qualquer ônus.

(TJ-MG - AC: 10183120170216001 MG, Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Cíveis / 13<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2014)

Destaque-se que o entendimento jurisprudencial sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre associação e associado que tem como objeto a proteção veicular não é pacificado, existindo posicionamentos de diversos Tribunais no sentido de que não devem ser aplicáveis as normas consumeristas, o que apenas reforça a necessidade de regularização das atividades desempenhadas por tais associações.

## **5. A atuação da Superintendência de Seguros Privados e o entendimento jurisprudencial sobre o tema**

Em razão da irregularidade das associações de proteção veicular, além da necessidade de proteção dos seus adquirentes/associados que nem sempre são protegidos pelas normas consumeristas, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia responsável pela autorização, controle e fiscalização dos mercados de seguros, previdência complementar aberta, capitalização e resseguros no Brasil, iniciou, no ano de 2011, o efetivo combate ao mercado marginal de seguros, com a criação, no âmbito da sua Diretoria de Fiscalização, de força-tarefa com fiscais dedicados exclusivamente a este trabalho<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>-SUSEP, disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/>

A partir da criação de força-tarefa exclusiva para o combate do exercício irregular da atividade seguradora, a SUSEP identificou a existência de mais de 300 associações e cooperativas que atuam de forma ilegal no Brasil, e aplicou multas administrativas a estas entidades que no ano de 2014 somavam o expressivo valor de R\$ 331.000.000,00 (trezentos e trinta e um milhões de reais).

Além disso, conforme notícia abaixo, divulgada no dia 10 de novembro de 2017, no sítio eletrônico da SUSEP, foi criado grupo de trabalho no âmbito da referida Autarquia por meio da Portaria SUSEP nº 7018/2017 para discussão do mercado marginal como um todo, a saber:

*SUSEP DIVULGA PORTARIA E CRIA GRUPO DE TRABALHO PARA DISCUTIR O MERCADO MARGINAL.*

*10/11/2017*

*Iniciativa, que colocará em debate as atividades praticadas por associações, entidades e cooperativas sem a autorização do Estado, prioriza a defesa do consumidor.*

*Conforme antecipado pelo titular da Superintendência de Seguros Privados (Susep), Joaquim Mendanha de Ataídes, na primeira quinzena de outubro, por meio da Portaria nº 7018, de 24 de outubro de 2017, publicada nesta sexta-feira, dia 10 de novembro, a autarquia comunica a criação de um grupo de trabalho para discutir o mercado marginal. O objetivo é analisar as atividades exercidas por associações, entidades e cooperativas que oferecem, de forma irregular, coberturas securitárias e produtos com características da operação de seguros.*

*O superintendente da Susep explica que a iniciativa busca colocar em discussão o mercado marginal como um todo, não apenas a chamada proteção veicular, para que sejam adotadas medidas em prol dos consumidores e do setor de seguros supervisionado pela autarquia. “Essas empresas não cumprem as regras e os critérios preestabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a prática ilegal causa prejuízos à população porque não há proteção jurídica para o consumidor”, alerta.*

*Já o diretor de Supervisão de Conduta da Susep, Carlos de Paula,*

---

[noticias/susep-multa-15-entidades-que-vendiam-seguro-irregular](http://noticias/susep-multa-15-entidades-que-vendiam-seguro-irregular) >Acesso em: 10/03/2019.

*que será o responsável pela coordenação dos trabalhos do grupo, esclarece que a autarquia mantém uma força-tarefa constante no sentido de coibir a realização de operações de seguros por empresas sem autorização. “No campo da Diretoria de Supervisão de Conduta da Susep, hoje, há pelo menos 200 processos administrativos referentes à proteção veicular em apuração de indícios de irregularidades. Além disso, a diretoria está analisando outros 20 processos referentes a seguros de vida e acidentes pessoais”, destacou.*

*O grupo de trabalho será composto por representantes da própria Susep, por meio das suas coordenações-gerais de Monitoramento de Conduta e de Fiscalização de Conduta; da Secretaria de Política Económica (SPE) do Ministério da Fazenda; da Confederação Nacional das Seguradoras (CNseg), da Federação Nacional de Seguros Gerais (FenSeg); da Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FenaPrevi); da Federação Nacional dos Corretores de Seguros (Fenacor); da Escola Nacional de Seguros; e da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB). O prazo para a conclusão dos trabalhos do grupo é de 90 dias a partir da data da publicação do normativo.”<sup>22</sup>*

No âmbito do Judiciário, a SUSEP ajuizou aproximadamente 180 (cento e oitenta) Ações Civis Públicas em face das associações que oferecem ao público, ilegalmente, proteção veicular como se seguro fosse, e vem conseguindo diversos julgados favoráveis.

Dentre os julgados favoráveis, cumpre destacar o primeiro pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, proferido por sua Segunda Turma, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1616359/RJ (decisão ainda não transitada em julgado), que, por unanimidade, entendeu ser ilícita a atuação no mercado de seguros da Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva (Ampla), determinando a suspensão de suas atividades ligadas ao setor securitário.

De acordo com os fundamentos apresentados pelo Relator do caso, Ministro Og Fernandes, o produto oferecido pela associação em questão apresenta-se como um típico contrato de seguro, com cobrança de franquia e cobertura de danos provocados por terceiros e por eventos da natureza, sendo certo que a associação não pode ser caracterizada como um grupo restrito de ajuda mútua, pois

---

<sup>22</sup>-SUSEP, disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-divulga-portaria-e-cria-grupo-de-trabalho-para-discutir-o-mercado-marginal>> Acesso em: 10/03/2019.

comercializa seu serviço intitulado “proteção automotiva” de forma aberta a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados, o que caracteriza uma típica sociedade de seguros.

Neste sentido:

9. O Enunciado n.º 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no que concerne à interpretação atribuída ao art. 757 do Código Civil/2002, assenta que “a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”. 10. A questão desta demanda é que, pela própria descrição contida no aresto impugnado, verifica-se que a recorrida não pode se qualificar como “grupo restrito de ajuda mútua”, dadas as características de típico contrato de seguro, além de que o serviço intitulado de “proteção automotiva” é aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados, o que resulta em violação do dispositivo do art. 757 do Código Civil/2002, bem como dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n.º 73/1966. 11. Aliás, tanto se trata de atividade que não encontra amparo na legislação atualmente vigente que a própria parte recorrida fez acostar aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo, a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade questionada neste feito. Ora, tratasse de ponto consolidado na legislação pátria, não haveria necessidade de qualquer alteração legislativa, a demonstrar que o produto veiculado e oferecido pela recorrida, por se constituir em atividade securitária, não possui amparo na liberdade associativa em geral e depende da intervenção reguladora a ser exercida pela recorrente. 12. Não se está afirmando que a requerida não possa se constituir em “grupo restrito de ajuda mútua”, mas tal somente pode ocorrer se a parte se constituir em conformidade com o disposto no Decreto-Lei n.º 2.063/1940 e legislação correlata, obedecidas às restrições que constam de tal diploma legal e nos termos estritos do Enunciado n.º 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. 13. Recurso especial interposto pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG prejudicado. Recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP conhecido e provido.

*ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos aos autos em que são partes as acima Indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar*

*provimento ao recurso da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; julgar prejudicado o recurso da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.<sup>23</sup>*

Ainda no âmbito do Judiciário, cumpre destacar recente julgado do mês de janeiro de 2019, em que a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região – TRF4, no julgamento do processo nº 5009030-62.2014.4.04.7104/RS, reconheceu, por unanimidade, que a *Associação Astra B*, ao garantir interesse a seus associados, relativo a risco de acidentes envolvendo seus veículos de transportes de cargas, oferece seguro de forma ilegal.

O acórdão proibiu a associação de realizar a oferta e/ou comercializar qualquer espécie de cobertura securitária ou qualquer modalidade de seguro, em todo território nacional, tendo ainda determinado o envio de comunicação dos termos do acórdão, por correspondência, a todos os consumidores com contrato vigente, conforme ementa abaixo:

**ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO VEICULAR. SUSEP. VENDA DE SEGURO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

1. *O exercício de atividade econômica, sem a devida autorização e a observância dos requisitos legais, configura atividade ilícita que, além de extrapolar os fins da empresa, afronta o disposto no artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República.*
2. *As atividades realizadas pela empresa correspondem àquelas desempenhadas pelas entidades seguradoras, as quais devem ser constituídas na forma de sociedade anônima e exigem prévia autorização da SUSEP para o seu funcionamento, sob pena de ilegalidade.*
3. *Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acolhido pela jurisprudência deste Regional e recentemente também por esta Relatora, "(...) o ônus de sucumbência, na Ação Civil Pública, rege-se por duplo regime de modo que, quando vencida a parte autora, incidem as disposições especiais dos artigos 17 e 18 da Lei 7.347/1985, contudo, quando houver sucumbência, em*

---

23-REsp 1616359/RJ Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 26/06/2018.

*razão da procedência da demanda, deve-se aplicar subsidiariamente o art. 20 do CPC” (REsp 1659508/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 17/05/2017).*

*ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para declarar a ilicitude de atuação da ré no mercado, bem como proibi-la permanente de realizar oferta e/ou comercialização de qualquer espécie de cobertura securitária on line, qualquer modalidade de seguro, em todo o território nacional e para determinar à ré envie comunicação (por correspondência) a todos os consumidores com contrato vigente dos termos deste acórdão, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.<sup>24</sup>*

A Susep vem atuando de forma incisiva no combate ao exercício irregular da atividade seguradora, adotando medidas administrativas e judiciais para impedir a atuação dessas entidades à margem das legislações próprias das companhias de seguros privados, o que é bastante positivo não apenas para as seguradoras mas, principalmente, para a sociedade brasileira.

## **6. O Projeto de Lei Complementar nº 519/18**

Na seara legislativa, discute-se a regulamentação da atividade das entidades de proteção veicular, em especial no âmbito do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 519/2018, que altera a redação do caput do art. 24, acrescido dos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e modifica o art. 36, mediante a inserção da alínea “m”, ambos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

O texto aprovado equipara as cooperativas de seguros e as entidades de autogestão de planos de proteção contra riscos patrimoniais às seguradoras veiculares, e prevê que: *(i)* as cooperativas e entidades de autogestão estarão sujeitas à regulamentação e fiscalização pelo CNSP e pela SUSEP, respectivamente; *(ii)* a comercialização deverá ser restrita àqueles previamente habilitados como associados; *(iii)* pelo princípio constitucional da isonomia tributária, as cooperativas e entidades de autogestão estarão sujeitas à taxa de fiscalização, bem como à tributação na forma da legislação aplicável ao IPRJ e à CSLL;

---

24- Apelação/Remessa Necessária nº 5009030-62.2014.4.04.7104/RS Rel. Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TERCEIRA TURMA – TRF4, julgado em 29/01/2019, Intimação Eletrônica em 30/01/2019.

(iv) o corretor de seguros será o intermediário dos contratos de seguro, bem como dos arranjos a ele equiparados; (v) as cooperativas de seguros e as entidades de autogestão estarão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor; (vi) será vedada a venda de seguro de vida por entidades de autogestão e cooperativas; (vii) será permitida a contratação de resseguro pelas cooperativas de seguros e as entidades de autogestão e (viii) será necessária a apresentação de nota técnica atuarial, assinada por atuário.

O texto original do projeto (PL nº 3139/2015), de autoria do Deputado Lucas Vergílio (PSD-GO), criminaliza as cooperativas de proteção veicular, que funcionam por meio de rateio entre os associados dos prejuízos gerados por roubos e acidentes com os seus veículos, caracterizando uma atividade de seguros operada ilegalmente no mercado marginal.

O PLP nº 519/2018, que ainda aguarda apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, contou com o apoio do mercado de seguro, de algumas entidades representativas da proteção veicular, da Fenacor, dos Sincors, da CNseg, da FenSeg, da Escola Nacional de Seguros e de outras instituições, sendo certo que, caso o projeto venha a ser transformado em Lei, será um novo paradigma para tratamento da matéria, e caberá ao regulador a competente harmonização regulatória.

## 7. Conclusões

As Associações de Proteção Veicular surgiram no Brasil como forma de atender aos consumidores que aparentemente não estariam sendo atendidos pelas seguradoras. Amparada pela liberdade associativa, tais entidades possuem diversos benefícios legais e tributários, e não estão submetidas a qualquer fiscalização e supervisão, podendo, por conseguinte, proporcionar aos seus associados um custo inferior àquele oferecido pelas seguradoras legalmente constituídas e que possuem diversas obrigações regulatórias, financeiras e operacionais.

Sob a forma de autogestão e sem contar com qualquer fiscalização, especificidade técnica ou responsabilidade em relação à solvência e liquidez da sua atividade, as associações de proteção veicular oferecem serviços semelhantes e por vezes idênticos ao de uma seguradora, sendo certo ainda que, diversamente do conceito de grupos restritos de ajuda mútua prevista no Enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, as associações de proteção veicular ofertam produtos e serviços em todo o território nacional a um número indeterminado de associados.

Desta forma, resta evidente que as associações de proteção veicular ofertam verdadeiro contrato de seguro, sem seguir qualquer das exigências legais para tanto, o que além de caracterizar concorrência desleal em relação às empresas que atuam no mercado de forma regular, ainda coloca o consumidor em posição de verdadeira insegurança.

O consumidor é a principal vítima da atuação irregular das associações de proteção veicular, pois não poderá contar com as normas do Código de Defesa do Consumidor e ainda não possui nenhuma garantia de que receberá a indenização em caso de sinistro envolvendo o seu patrimônio.

Sem compreender ao certo como é a forma de rateio de tais entidades, o consumidor acredita que será indenizado quando da ocorrência de um sinistro, o que por vezes não ocorre, levando o mesmo a buscar o judiciário para ter os seus direitos garantidos.

Com intuito de solucionar a questão, o Deputado Lucas Vergílio propôs o Projeto de Lei nº 3.139/2015, com o objetivo de proibir a atuação de tais entidades. Contudo, em virtude do grande número de Associações de Proteção Veicular no Brasil, foi aprovado o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 519/2018, que tem por objetivo regularizar a atuação das entidades de proteção veicular, trazendo o mesmo tratamento fiscalizatório e tributário de uma seguradora tradicional.

O referido Projeto de Lei Complementar, ainda em tramitação, pode ser considerado como uma excelente solução para regularizar a atuação das Associações de Proteção Veicular, que até então representou um risco de prejuízo para o consumidor.

## **Referências Bibliográficas**

BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo código civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

KARAM, Munir. Do contrato de seguro no código civil: noções fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. Contratos nominados, III. seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7<sup>a</sup> edição, 2011.

TEPEDINO, G., BARBOZA, H.H., MORAES, M.C.B, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F.Q.B, PIMENTEL, A. O contrato de seguro: de acordo com o Código Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Roncarati, 2003.

AAPV. Estatuto e Código de Ética. Disponível em: <<http://www.aapv.org.br/institucional/estatuto-e-codigo-de-etica/>>. Acesso em: 10/03/2019.

EXTRA. Vendida por cooperativas como seguro, proteção veicular deixa motoristas na mão. Disponível em: <[https://extra.globo.com/noticias/economia/vendida-por-cooperativas-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21671311.html?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Social&utm\\_campaign=Extra](https://extra.globo.com/noticias/economia/vendida-por-cooperativas-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21671311.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=Extra)>. Acesso em: 10/03/2019.

GAZETA DO POVO. “Seguros Piratas usam de má-fé para lesar clientes”. Disponível em:<<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/seguros-piratas-usam-de-ma-fe-para-lesar-clientes-984yyvqb0jzr2wni2o142gy8e>>. Acesso em: 10/03/2019.

O GLOBO. Vendida como seguro, proteção veicular deixa motoristas na mão. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/vendida-como-seguro-protecao-veicular-deixa-motoristas-na-mao-21243890>>. Acesso em: 10/03/2019.

QUATRO RODAS. Cooperativas de Seguro: Um Negócio Entre Amigos - Disponível em: <<https://quatrorodas.abril.com.br/auto-servico/cooperativas-de-seguro-um-negocio-entre-amigos/>>. Acesso em: 10/03/2019.

SUSEP. Susep divulga portaria e cria grupo de trabalho para discutir o mercado marginal. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-divulga-portaria-e-cria-grupo-de-trabalho-para-discutir-o-mercado-marginal>> Acesso em: 10/03/2019.

SUSEP. Susep multa 15 entidades que vendiam seguro irregular. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-multa-15-entidades-que-vendiam-seguro-irregular>> Acesso em: 10/03/2019.





PARECER

# Regulação Econômica. Mercado de Saúde Suplementar

Gustavo Binenbojm\*

**Ementa:** REGULAÇÃO ECONÔMICA. MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Instituição da Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores (CATEC) por meio da Portaria ANS nº 8/2018. Finalidade de colher subsídios dos agentes do mercado de saúde suplementar para avaliar a necessidade de revisão e/ou aprimoramento da regulação infralegal dos contratos firmados entre as Operadoras de Plano de Saúde (OPSs) e os prestadores de serviços de saúde. Aparente desígnio de regulação de aspectos materiais dos contratos. Sinais de pretensão regulatória com suposto fundamento na Lei nº 13.003/2014, no que tange, especificamente: a glosas sobre faturamentos; à remuneração por meio de pacotes de procedimentos; à utilização de tabelas de referência para preços contratuais; e a medidas relacionadas à formalização e rescisão dos ajustes. INCOMPETÊNCIA DA ANS PARA REGULAR DE FORMA AMPLA RELAÇÕES ENTRE AS OPERADORAS E OS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE SAÚDE. Conquanto a ANS tenha competência para regular alguns aspectos das relações jurídicas entre operadoras e prestadores de serviço, tal competência é excepcional e deve ser interpretada restritivamente. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 3º E 4º DA LEI Nº 9.961/2000. A ANS só pode dispor sobre aspectos autorizados pela lei. Interpretação restritiva das competências

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1994), Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (2003) e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006). Atualmente é Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Cursos de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Além disso, é Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado e Consultor Jurídico.

relacionadas às OPSs. A missão institucional da ANS se volta ao equilíbrio do sistema de saúde suplementar e à garantia de um serviço adequado ao consumidor final, campo em que a regulação abarca relações marcadas por típica hipossuficiência (i.e. dos consumidores/beneficiários). Característica que inexiste nos negócios – privados e sem natureza consumerista – celebrados entre OPSs e prestadores de serviços. LÓGICA REFERENDADA PELA LEI N° 13.003/2014. Prevalência da via negocial entre as OPSs e os prestadores de serviços como forma de compor o equilíbrio do sistema de saúde suplementar. O art. 17-A da Lei de Planos de Saúde prevê que o instrumento contratual será a via própria para regulação das condições de prestação de serviços. O legislador adotou formas indutivas de diálogo entre as partes em busca de soluções privadas para esse tipo de relação, limitando o escopo de atuação da ANS. GLOSAS E PACOTES DE PROCEDIMENTOS. As glosas e os pacotes de procedimentos são formas legítimas de distribuição e compartilhamento de riscos entre as partes dentro da autonomia privada conferida pela Lei nº 13.003/2014. Instrumentos necessários para evitar comportamentos oportunistas das contrapartes. Eventuais distorções em casos específicos não legitimam o exercício do poder regulatório para edição de normas gerais e abstratas pela ANS. Necessária atuação em casos concretos, se e quando identificado um problema condizente com os objetivos institucionais da ANS. TABELAMENTO DE PREÇOS DE REMUNERAÇÃO. Efeitos nocivos atrelados à utilização de tabelas de referência. Riscos à concorrência que não são afastados nas hipóteses em que o tabelamento seja meramente sugestivo. Efeitos adversos à competição que encarecem planos de saúde criam barreiras à entrada de novas Operadoras e incentivam a permanência de agentes econômicos ineficientes. Malefícios causados aos consumidores finais e, principalmente, à população de baixa renda. FORMALIZAÇÃO POR ESCRITO DOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE OPERADORAS E PRESTADORES E SUA RESCISÃO. O objetivo de tornar efetiva a obrigação legal deve observar os fins para os quais a norma foi editada. Racional das novas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Competência fiscalizatória exercida de modo unilateral pela ANS que pode provocar distorções. É imprescindível que a Agência possua uma visão ampla das peculiaridades das relações travadas no mercado de saúde suplementar, com o objetivo de criar os incentivos corretos à adoção de condutas desejáveis.

**Sumário:** 1. A Consulta. 2. Premissas necessárias para a adoção de medidas regulatórias pela ANS no âmbito da relação privada estabelecida entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços. 3. Repercussões da natureza estritamente privada da relação entre as operadoras dos planos de saúde e os prestadores de serviços. Limites e possibilidades quanto à regulação, pela ANS, dos procedimentos de glosa e remuneração por pacotes de procedimentos. 4. Os limites da regulação estatal e as possíveis falhas regulatórias. Premissas para o exame da pretensão regulatória relativa às tabelas de referências e à formalização e rescisão dos contratos celebrados entre OPSs e prestadores de serviço. 5. Conclusões e respostas aos quesitos.

## 1. A consulta

A FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – FENASAÚDE (“FenaSaúde” ou “Consulente”) honra-me com Consulta acerca da juridicidade da atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”) quanto aos temas arrolados para discussão no âmbito da Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores (“Câmara Técnica” ou “CATEC”), instituída por meio da Portaria ANS nº 8, de 15 de outubro de 2018<sup>1</sup>.

De acordo com o art. 1º da referida Portaria, a CATEC foi criada com a finalidade de colher subsídios dos agentes do mercado de saúde suplementar para avaliar a necessidade de *revisão e/ou aprimoramento* da regulação infralegal dos contratos firmados entre as Operadoras de Plano de Saúde (“OPS” ou “Operadoras”) e os prestadores de serviços de saúde (e.g. hospitalares, clínicas, médicos e laboratórios)<sup>2</sup>. Para isso, a Portaria ANS nº 8/2018, além de comunicar a instauração da CATEC, discriminou, em seu art. 2º, os assuntos que serão objeto de discussão no âmbito da Câmara Técnica, quais sejam:

*(i) a utilização de tabelas de referência para a remuneração dos serviços e procedimentos contratualizados entre operadoras e prestadores de serviço de saúde;*

---

1 - Cf. competência prevista no §5º do art. 17-A da Lei nº 9.656/98: § 5º A ANS poderá constituir, na forma da legislação vigente, câmara técnica com representação proporcional das partes envolvidas para o adequado cumprimento desta Lei.

2 - Conforme será visto adiante, a CATEC foi instaurada com base nas recomendações da Casa Civil da Presidência da República acerca da adoção, pelas entidades administrativas, do procedimento denominado Análise de Impacto Regulatório (AIR).

*(ii) outros assuntos acerca do relacionamento entre operadoras e prestadores de saúde, especialmente a não adaptação dos contratos à regulamentação da Lei nº 13.003/2014, glosas sobre o faturamento, remuneração por meio de “pacotes de procedimentos” e rescisão de contratos;*

*(iii) aprimoramento dos canais para recebimento e tratamento das demandas relativas ao relacionamento entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços, com possibilidade de instauração de procedimento de intermediação dos conflitos entre as partes<sup>3</sup>.*

Segundo a Consulente, a criação de um fórum de discussões constitui indício de que a ANS pretende regular os mencionados temas mediante: *(i)* a possível criação e implementação de tabelas para a remuneração dos serviços e procedimentos contratados entre operadoras e prestadores de serviço de saúde, ainda que meramente referenciais; *(ii)* a definição de parâmetros para as glosas realizadas pelas OPSs sobre os faturamentos de serviços médico-hospitalares; *(iii)* a definição de limites e/ou parâmetros para a remuneração por meio de “pacotes de procedimento”; e *(iv)* a modificação ou ampliação do modelo sancionatório para a punição de Operadoras pela não adaptação dos contratos firmados entre as partes à regulamentação da Lei nº 13.003/2014<sup>4</sup>.

Essas iniciativas, contudo, têm sido percebidas pela Consulente com certa perplexidade. Segundo informa, parece existir uma verdadeira intenção da ANS de inovar na regulamentação infralegal com o objetivo de se imiscuir no próprio conteúdo dos contratos

---

3- De acordo com o parágrafo único do mesmo art. 2º: Art. 2º (...) Parágrafo único. A presente câmara técnica não abordará as questões relativas a reajustes dos serviços contratados entre operadoras planos de saúde e prestadores de serviços de saúde, bem como sobre o índice de reajuste definido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - a ser aplicado pelas operadoras de planos de assistência à saúde aos seus prestadores de serviços de atenção à saúde em situações específicas, conhecido como fator de qualidade - FQ, por já estarem estes sendo revisados no processo administrativo nº 33910.011787/2018-69.

4- Além desses temas, o art. 2º da Portaria ANS nº 08/2018 remeteu, em seu inciso III, ao *aprimoramento dos canais para recebimento e tratamento das demandas relativas ao relacionamento entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços, com possibilidade de instauração de procedimento de intermediação dos conflitos entre as partes, o que não constitui objeto do presente Parecer.*

negociados entre parceiros privados (*i.e.* Operadoras e prestadores). As preocupações da FenaSaúde repousam em duas vertentes distintas, que dizem respeito ao risco: (*i*) de a ANS ultrapassar as suas competências definidas em lei; e (*ii*) de que as pretensões regulatórias da autarquia – ainda que bem-intencionadas – produzam efeitos sistêmicos nocivos, imponderados e irrefletidos, sobre a organização e o funcionamento do complexo e combalido sistema de saúde suplementar brasileiro.

De modo geral, as dúvidas jurídicas formuladas pela Consulente podem ser assim resumidas:

- (*i*) *A ANS possui competência legal para regular, de forma ampla e genérica, as relações contratuais entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços?*
- (*ii*) *As medidas suscitadas (ou indicadas) mediante a criação da CATEC são compatíveis com os objetivos institucionais da ANS e com a natureza privada e paritária da relação estabelecida entre as OPSs e os prestadores de serviço?*
- (*iii*) *As previsões de glosas e de remuneração por pacotes de procedimentos nas relações contratuais entre as OPSs e as prestadoras de serviços são compatíveis com a Lei nº 13.003/2014 e a natureza privada e paritária desta relação? Eventuais distorções em casos concretos legitimam a edição de normas de conteúdo geral e abstrato?*
- (*iv*) *A utilização de tabelas de referência é medida legítima para diminuir supostas assimetrias de informação entre agentes do mercado? Que efeitos adversos são vislumbrados com essa medida?*
- (*v*) *Embora a ANS seja competente para fiscalizar a obrigação de formalização dos contratos (e suas rescisões), quais preocupações devem ser levadas em conta caso se pretenda ampliar as regras para o cumprimento da obrigação prevista na Lei nº 13.003/2014?*

Para tratar dessas indagações, o Parecer encontra-se estruturado em cinco capítulos. Na sequência desta introdução, serão estabelecidas, no *Capítulo II*, três premissas necessárias para a adoção de medidas regulatórias pela ANS no âmbito da relação firmada entre as OPSs e os prestadores de serviço de saúde. A primeira premissa é a de que (*i*) a ANS não possui poder regulatório amplo e irrestrito para regular essa relação; além disso, (*ii*) nessa relação contratual – estritamente

privada – não é possível verificar, como premissa necessária e geral, vulnerabilidade das partes que legitime a edição de regras com o objetivo de ingerência no conteúdo dos instrumentos particulares firmados; por fim, (iii) a Lei nº 13.003/2014, reforçando a natureza civil-comercial da relação Operadoras- prestadores de serviço, estabeleceu que é no âmbito da via negocial que as partes devem encontrar soluções equilibradas para atender a demandas relevantes do sistema de saúde suplementar.

Os Capítulos seguintes se voltam a enfrentar as indagações formuladas pela Consulente no que diz respeito aos objetos de discussão da Câmara Técnica, conforme delineados no art. 2º da Portaria nº 8/2018. Em primeiro lugar, serão analisadas, no *Capítulo III*, as previsões de (i) glosas de remuneração e de (ii) remuneração por pacotes de procedimento, ambas à luz da natureza estritamente privada e sem elementos de hipossuficiência da relação estabelecida entre as OPSs e os prestadores de serviço de saúde. Mais especificamente, o capítulo demonstrará que esses temas se inserem no âmbito da autonomia contratual das partes e na comutatividade das convenções celebradas. Além disso, será apresentada a racionalidade econômica e a legitimidade desse espaço de atuação e negociação (acerca das glosas e da remuneração por pacotes) à luz das peculiaridades desse tipo de relação, marcado pela necessidade de se evitarem comportamentos oportunistas por meio da adoção de vantagens recíprocas e equitativas entre as partes, na busca de uma distribuição mais equilibrada dos riscos desse tipo de operação.

O *Capítulo IV*, por sua vez, tem o objetivo de analisar alguns dos efeitos sistêmicos indesejados atrelados às pretensões regulatórias da agência reguladora. Como se verá, as propostas da ANS referentes (i) à utilização de tabelas de referência de remuneração e (ii) a questões atinentes à formalização dos contratos firmados com prestadores de serviço (e suas rescisões) precisam necessariamente, ser analisadas à luz de suas consequências práticas, sob pena de que, na tentativa de corrigir alegadas falhas de mercado, acabem por criar falhas regulatórias ainda mais nocivas aos beneficiários e ao equilíbrio do sistema de saúde suplementar.

Por fim, no *Capítulo V*, as questões formuladas pela Consulente serão respondidas de forma direta, com base na fundamentação desenvolvida.

Assim relatada a Consulta, passo à emissão do Parecer.

## **2. PREMISSAS NECESSÁRIAS PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS REGULATÓRIAS PELA ANS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO PRIVADA ESTABELECIDA ENTRE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E PRESTADORES DE SERVIÇOS**

### **2.1. Necessária observância ao devido processo regulatório**

De acordo com as informações fornecidas pela Consulente, a CATEC foi instaurada como resposta às recomendações da Presidência da República acerca da adoção, pelos órgãos e entidades administrativos, do procedimento denominado de Análise de Impacto Regulatório (“AIR”). Trata-se de instrumento que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório e/ou de mercado, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. As conclusões dessa análise terão o escopo de orientar e subsidiar a tomada de decisão do órgão regulador<sup>5</sup>. É por meio da AIR que entidades reguladoras se obrigam a demonstrar a razoabilidade de suas decisões, os custos envolvidos, os benefícios esperados e os motivos pelos quais não escolheram outros meios capazes de atingir a mesma finalidade buscada pela norma editada<sup>6</sup>.

Nesse sentido, segundo as orientações da Casa Civil sobre a realização da AIR, a primeira etapa para o desenvolvimento do processo é a identificação de um problema regulatório, compreendido como aquele que resulta em distorções no funcionamento do mercado ou em *limitação no alcance de objetivo público específico, demandando a tomada de decisão pelo regulador*<sup>7</sup>. Nessa linha, o objetivo do presente capítulo é estabelecer algumas premissas que orientem a CATEC nessa etapa de identificação

---

5- Definição conforme as Diretrizes Gerais para AIR elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <https://goo.gl/QcLs6F>. Acesso em 04.12.2018.

6- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Análise de Impacto Regulatório – AIR*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 8, nº 32, out/dez, 2010, edição eletrônica, p. 2.

7- Definição conforme as Diretrizes Gerais para AIR elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

da existência de problemas regulatórios e, caso existentes, na forma possível e legítima para lidar com eles<sup>8</sup>.

## **2.2. Ausência de atribuição legal ampla e irrestrita da ANS para se imiscuir em aspectos negociais e comerciais privados dos contratos firmados entre as OPSS e seus prestadores de serviço**

A primeira premissa a ser delimitada com vista aos trabalhos da CATEC reside na própria definição da extensão e alcance do poder regulatório da ANS. Como se sabe, é corolário do princípio da legalidade que as competências das agências reguladoras devam, necessariamente, ter fundamento em lei formal. É o legislador quem, em primeiro lugar, define quais são as competências dessas entidades da Administração Pública indireta, especialmente daquelas revestidas de caráter normativo. Não é dado a tais autarquias especiais, por meio de atos próprios, alargar ou estreitar o âmbito do que pode ser objeto de sua atuação regulatória<sup>9</sup>. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, deixou claro que *às agências não compete legislar, e sim promover*

---

8- Segundo o relato da Consulente, na prática, ao invés de buscar identificar as falhas de regulação e/ou de mercado, a CATEC elegeu e apresentou, unilateral e previamente ao mercado, determinados temas para discussão. Tudo isso sem dar a oportunidade aos agentes regulados convidados a participar do fórum de discussão a devida oportunidade de indicar quais seriam os principais e mais prementes problemas sobre os quais a agência deveria se debruçar para corrigir. Em outras palavras, a ANS escolheu desde já matérias que deveriam ser objeto de revisão regulatória em vez de indicar uma pauta ampla em que os agentes deste complexo mercado pudesse levantar assuntos possíveis de deliberação. E pior: tomou como pressuposto a existência de uma competência legal para regular esse tipo de relação. A condução do assunto pela agência nesses termos evidencia uma possível violação ao devido processo legal regulatório.

9- Registre-se, nesse sentido, que o Termo de Cooperação Técnica nº 008/2016, firmado pela ANS com o Conselho Nacional de Justiça, não possui o condão de aumentar a abrangência da competência regulatória da ANS. O referido termo foi celebrado com vista ao estabelecimento de medidas que possibilitem o intercâmbio de dados entre as partes, a garantia da proteção e da defesa dos direitos do consumidor, o estímulo à resolução de conflitos de forma amigável nas causas pré-processuais e judiciais, bem como a redução das demandas judiciais relacionadas à assistência suplementar à saúde. Todos esses objetivos, por evidente, devem ser perseguidos pela Agência dentro dos limites das competências que lhe foram conferidas por lei.

*a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida<sup>10</sup>, de modo que a atribuição de um espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa<sup>11</sup>.*

*In casu, a esfera de atuação da ANS foi definida pela Lei nº 9.961/2000, que a criou. De acordo com o art. 1º do referido diploma, trata-se de autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, criada como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.*

Em linha com o referido dispositivo, o art. 3º da lei estabelece que [a] ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (grifou-se). Ou seja, o legislador estabeleceu um objetivo fundamental para a Agência, relacionado à garantia da assistência suplementar à saúde (cf. art. 1º), e especificou no art. 3º que a sua promoção pressupõe regular as operadoras setoriais. Além disso, fez constar do próprio art. 3º que a regulação pode abranger, *inclusive*, as relações das Operadoras com prestadores de serviços e consumidores.

A partir dessas normas, uma leitura direta e apressada poderia indicar que a ANS teria competência para regular amplamente as operadoras, incluindo, em qualquer caso, as suas relações com os prestadores de serviços e consumidores. Tamanha seria a generalidade do texto legal (uma espécie de “cheque em branco”) que não haveria como o intérprete dele extrair limites para a atuação da agência reguladora diante das relações entre prestadores de serviços e OPSs. E disso resultaria uma leitura alargada de suas próprias competências.

Contudo, essa exegese é evidentemente equivocada. E ilegítima. Não se pode cogitar de uma competência regulatória genérica delegada pelo legislador à Agência<sup>12</sup>. O reconhecimento de um espectro de

---

10 - STF, ADI 4954, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 20/08/2014, p. 30/10/2014. Voto da Min. Rosa Weber.

11 - STF, ADI 4954, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 20/08/2014, DJe 30/10/2014. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio.

12 - Nas palavras de Egon Bockmann Moreira: *Os entes públicos não detêm uma genérica capacidade de mandar em relação a terceiros, ainda mesmo quando esses entes*

competências tão dilatado esbarraria: *(i)* na própria sistemática da lei, além de *(ii)* ir de encontro ao princípio da segurança jurídica, que é corolário do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB). É preciso delimitar com contornos claros e, tanto quanto possível, precisos, aquilo que as entidades da Administração Pública estão autorizadas a fazer ou não fazer, como pressuposto, inclusive, para o controle social e jurisdicional de seus atos. Competências extremamente genéricas são canais abertos a arbitrariedades e podem indicar delegações ilegítimas de atribuições normativas, o que contraria os princípios da separação de Poderes (art. 2º, CRFB), da legalidade administrativa (art. 37, CRFB) e o próprio princípio democrático (art. 1º, CRFB). Assim, com a finalidade de editar normas regulamentares, não basta dizer que compete à ANS regular quaisquer relações existentes entre os atores presentes no mercado de saúde suplementar, tal como indicaria a leitura apressada do art. 3º citado. É preciso perquirir quais os limites desse poder. Do contrário, a competência atribuída pelo referido dispositivo legal representaria um verdadeiro “cheque em branco”.

Nesse processo de identificação de *standards*, cabe ao aplicador do Direito valer-se de recursos hermenêuticos voltados a densificar o conteúdo da lei. Um deles é a utilização do método sistemático de interpretação<sup>13</sup>. O intérprete deve compreender o contexto normativo em que certos dispositivos estão inseridos para deles extrair a leitura que promova, efetivamente, a *ratio legis*.

---

*públicos têm um muito amplo quadro de atribuições que é seu dever realizar ou prosseguir. As injunções de tais entes na esfera jurídica de terceiros têm sempre de ser baseadas num determinado título jurídico, ou seja, na lei ou em norma de valor correspondente ao da lei.* (MOREIRA, Égon Bockmann. *Os Limites à Competência Normativa das Entidades Reguladoras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140).

13- Afinal, a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela solução de conflitos normativos. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294). Já nas palavras de Eros Roberto Grau, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

No caso da Lei nº 9.961/2000, a leitura correta do art. 3º é aquela que decorre da interpretação de seu conteúdo normativo em combinação com o rol de competências fixado no art. 4º, que explicita o referido conteúdo de maneira exauriente. Com efeito, no art. 4º, o legislador estabeleceu uma lista extensa e exaustiva de competências da ANS, composta de quarenta e dois incisos que evidenciam a missão da Agência de, precípua mente, guiar o equilíbrio e a sustentabilidade<sup>14</sup> do mercado de saúde suplementar<sup>15</sup>, e, mediante essa atuação, tutelar o interesse legítimo dos consumidores pelos serviços<sup>16</sup>.

Não faz sentido, do ponto de vista lógico e sistemático, que esses dispositivos (arts. 3º e 4º) sejam lidos de forma compartmentalizada. Na verdade, uma exegese que isolasse cada dispositivo a um universo próprio esvaziaria em grande medida o sentido do art. 4º, já que,

---

14-A sustentabilidade do setor é um dos quatro eixos temáticos da Agenda Regulatória da ANS para 2016/2018. Busca-se o equilíbrio econômico-financeiro desse setor e a qualificação da gestão das operadoras de planos de saúde. Os demais eixos são: garantia de acesso e qualidade assistencial, integração com o SUS e aprimoramento das interfaces regulatórias. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/agenda-regulatória>>; acesso em 04.12.2018.

15-Conforme se verifica das atribuições da ANS de *(i)* propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar (inciso I); *(ii)* fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; (inciso IV); *(iii)* estabelecer normas para resarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS (inciso VI); *(iv)* proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; (inciso XIX); *(v)* adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde (inciso XXXII); dentre outras.

16-Como é o caso, por exemplo, das competências atribuídas à ANS para *(i)* elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades (inciso III); *(ii)* estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade de cobertura em assistência à saúde (inciso V); *(iii)* estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998 (inciso XI); *(iv)* articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde (inciso XXXVI); dentre outras.

diante da competência generalíssima da ANS prevista no art. 3º, pouca utilidade teria o rol do art. 4º. Até porque, segundo a lógica hermenêutica, as leis não contêm palavras ou dispositivos inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*)<sup>17</sup>.

Daí a conclusão de que os arts. 3º e 4º se comunicam, de forma indissociável, para a definição das competências da ANS. O art. 3º ilumina a definição da melhor exegese de cada uma das atribuições especificadas no art. 4º, ao passo que o art. 4º delimita os contornos da atuação da Agência no cumprimento do mister que lhe foi atribuído pelo art. 3º. Isso vale para se definirem os limites da atividade regulatória exercida pela ANS sobre as operadoras setoriais, e se aplica, inclusive, para a definição dos limites da regulação exercida pela ANS sobre as relações destas com consumidores e prestadores de serviços. Caso contrário, subsistiriam problemas como a impossibilidade de controle e um cenário de insegurança jurídica incompatível com o modelo de Estado de Direito.

É a partir dessa compreensão que se deve analisar se a ANS possui, ou não, atribuição legal para adotar uma regulação mais intensa e restritiva no âmbito das relações privadas mantidas entre Operadoras e prestadores de serviços. A resposta, adiante-se, é negativa. A interpretação sistemática decorrente da leitura combinada dos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.961/2000 deixa claro que o legislador entendeu que o foco da Agência deve ser regular preponderantemente as OPSs, e só marginalmente os prestadores de serviço. Isto é, eles serão regulados na medida em que a relação estabelecida com as Operadoras tiver aptidão real para impactar as finalidades legais perseguidas pela Autarquia, que giram em torno da sustentabilidade e equilíbrio do mercado de saúde suplementar e consequente prestação adequada dos serviços ao consumidor. Há uma razão pragmática por trás dessa opção: o legislador quis que a regulação recaísse sobre as OPSs porque é claramente mais fácil fiscalizar alguns poucos agentes econômicos, diretamente envolvidos com a prestação de serviços de saúde suplementar, do que milhares de pessoas (naturais e jurídicas) envolvidas na cadeia produtiva.

Veja-se, nessa linha de raciocínio, que o art. 4º da Lei nº 9.961/2000, embora se subdivida em quarenta e dois incisos, só confere competências à ANS sobre prestadores de serviço nos seguintes três incisos:

---

17 - MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 262.

*Art. 4º. Compete à ANS: (...)*

*IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; (...)*

*XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; (...)*

*XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;” (grifou-se)*

O que se pode observar da leitura dos quarenta e dois incisos do art. 4º é que a grande maioria das competências neles contidas envolve a regulação, pela ANS, das Operadoras em si ou em suas relações com os beneficiários de seus serviços. Apenas em caráter excepcional o art. 4º autoriza a ANS a dispor sobre as relações com os prestadores de serviços.

E faz sentido que seja assim, segundo uma *perspectiva finalística* que também deve orientar o intérprete. Com efeito, o art. 4º enumera expressa e pontualmente as competências da ANS para regular as relações das Operadoras com os prestadores de serviço, pois a atividade regulatória da agência nessa seara, *a priori*, não mantém qualquer relação direta e necessária com o alcance de sua finalidade institucional prevista no art. 3º. Dito de outra forma, eventual regulação das Operadoras especificamente em suas relações comerciais com os seus prestadores de serviços não tem, via de regra, o condão de promover, de forma direta e necessária, a melhoria da qualidade da assistência à saúde dos consumidores finais, nem um estado de maior equilíbrio do mercado. Pelo contrário. Como se verá à frente, os efeitos podem ser inversos.

Daí porque os poucos incisos do art. 4º que atribuem poderes à ANS para regular as OPSs em suas relações com os prestadores de serviço (credenciamento/descredenciamento de prestadores; monitoramento de preços; e cobertura de patologias ou procedimentos) dizem respeito justamente às situações específicas em que tais relações podem eventualmente produzir consequências – positivas ou negativas – sobre a prestação dos serviços de saúde aos consumidores finais.

E é exatamente por se tratar de hipóteses excepcionais, nas quais se admite a intervenção estatal em relações contratuais de natureza estritamente privada e comercial, que elas devem ser interpretadas de maneira restritiva. Trata-se de fazer valer a lição básica de hermenêutica no sentido de que *interpretam-se as exceções estritíssimamente*<sup>18</sup>, para que continuem representando circunstâncias raras. As competências previstas no art. 4º, que atribuem competência para a ANS regular as Operadoras em suas relações com os prestadores de serviços, não admitem, nessa linha, interpretação extensiva<sup>19</sup>. Seu conteúdo foi delimitado de forma clara pelo legislador e o intérprete deve se ater aos limites dessas normas. Alargá-las implica esvaziar seu caráter excepcional, em afronta à *ratio legis*.

A propósito, cumpre enfatizar que essa conclusão em nada foi alterada pela edição da Lei nº 13.003/2014, que introduziu na Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) regras relativas aos contratos entre Operadoras e prestadores de serviço. Trata-se, mais especificamente, da inserção do art. 17-A no referido diploma<sup>20</sup>.

---

18-MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p. 183.

19-Aliás, a própria ANS já admitiu, em oportunidades anteriores, que inexiste suporte legal para que ela regule as relações entre OPSs e prestadores de serviços. A título de exemplo, veja-se a matéria da Revista Veja, do ano de 2016, em que o gerente geral de integração setorial da ANS afirmou expressamente que *[E]ssa é uma relação entre médico e operadora. Nós [ANS] não temos atribuição para interferir e somos contra esse tipo de interferência.* (CUMINALE, Natalia. *ANS tem limite para intervir na briga entre médicos e planos*. In: Revista Veja. Disponível em: <https://goo.gl/r9Cwxh>. Acesso em 27/11/2018).

Mais do que uma afirmação isolada, a Agência, informa a Consulente, tem observado exatamente essa diretriz ao longo do tempo, privilegiando o espaço de negociação privada entre OPS e prestadores.

20-*In verbis*: Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.

§ 1º São alcançados pelas disposições do caput os profissionais de saúde em prática liberal privada, na qualidade de pessoa física, e os estabelecimentos de saúde, na qualidade de pessoa jurídica, que prestem ou venham a prestar os serviços de assistência à saúde a que aludem os arts. 1º e 35-F desta Lei, no âmbito de planos privados de assistência à saúde.

§ 2º O contrato de que trata o caput deve estabelecer com clareza as

Esse artigo previu cláusulas obrigatórias para os contratos entre Operadoras e prestadores de serviços, dentre as quais aquela que estabelece a forma e periodicidade do reajuste de seu valor. Ainda de acordo com o dispositivo (§2º), a periodicidade mínima do reajuste deve ser anual e realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias. Caso esse prazo se esgote sem que as partes cheguem a um acordo, caberá à ANS defini-lo (§3º).

Nota-se, assim, que o art. 17-A da Lei dos Planos de Saúde conferiu à ANS uma nova competência para definir índices de reajuste dos contratos entre Operadora e prestadores de serviços apenas nos casos em que as partes não cheguem a um acordo. Todavia, essa nova competência não se confunde com a atribuição de poderes à Agência para o exercício de um poder regulatório amplo e irrestrito sobre os demais aspectos dessas relações contratuais. A rigor, a inovação trazida pelo mencionado art. 17-A da Lei nº 9.656/98 consiste em competência pontual e de conteúdo bastante delimitado. Tal nova atribuição permite à ANS definir, tão somente, índices de reajuste quando – e somente quando – as partes não chegarem a um consenso. Ou seja, longe de a ANS poder regular ampla e genericamente todo e qualquer aspecto da relação mantida entre Operadoras e prestadores de serviços, tal dispositivo permite apenas que a Agência discipline questão específica em hipótese condicionada (ao não alcance de um acordo).

---

condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem: I - o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados; II - a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados; III - a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora; IV - a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão; V - as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas.

§ 3º A periodicidade do reajuste de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será anual e realizada no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, contado do início de cada ano-calendário.

§ 4º Na hipótese de vencido o prazo previsto no §3º deste artigo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, quando for o caso, definirá o índice de reajuste.

§ 5º A ANS poderá constituir, na forma da legislação vigente, câmara técnica com representação proporcional das partes envolvidas para o adequado cumprimento desta Lei. (grifou-se)

Daí porque se trata de competência em caráter subsidiário, passível de ser exercida exclusivamente nos casos em que não tenha havido acordo prévio entre as partes. Aqui, também, a competência da ANS para regular as relações das Operadoras com os prestadores de serviços foi estabelecida em caráter excepcional, seguindo a mesma sistemática da Lei nº 9.961/2000.

De parte isso, o legislador, ao inserir o art. 17-A na Lei dos Planos de Saúde e determinar que as partes (OPSSs e prestadores de serviços) celebrem contrato escrito para regular a relação entre elas estabelecidas, o qual deverá conter, dentre outras, cláusulas que especifiquem o objeto e a natureza do contrato, com a descrição dos serviços contratos (art. 17-A, inciso I); a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados (inciso II); a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora (inciso III); a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão (inciso IV); e as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas (inciso V), nada mais fez do que reforçar a natureza civil-comercial da relação Operadoras-prestadores de serviço.

É dizer: o legislador propositadamente não se imiscuiu em detalhes e condições negociais associados a cada um desses pontos. Como não é incomum ocorrer em contratos típicos do Código Civil, foram apontadas cláusulas essenciais do negócio jurídico, mas preservada a autonomia das partes na definição de seu conteúdo. E isso se reflete, como se verá a seguir, na compreensão sobre o alcance e a intensidade do exercício do poder regulatório pela ANS.

### **2.3. A natureza privada-comercial da relação entre OPSSs e prestadores de serviços: inexistência de vulnerabilidade apta a legitimar a edição de regras que afetem diretamente o conteúdo dos contratos**

A segunda premissa a ser identificada como norte para os trabalhos da CATEC está na correta compreensão do tipo de relação jurídica travada entre as Operadoras e os prestadores de serviços. Isso porque o exercício do poder regulatório – especialmente o normativo – das agências reguladoras varia de acordo com a natureza do setor regulado (se público ou privado), tanto em extensão quanto em intensidade. Explica-se.

Embora seja uma agência reguladora, a competência regulatória da ANS não é necessariamente a mesma daquela prevista para outras entidades dessa natureza. De modo geral, é possível traçar uma divisão entre as agências incumbidas da regulação de serviços públicos – a exemplo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e da Agência Nacional de Transportes Quaviários (ANTAQ)<sup>21</sup>; daquelas que disciplinam atividades eminentemente privadas, como o são a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Quanto às primeiras, a titularidade do Poder Público sobre as atividades desempenhadas (*publicatio*<sup>22</sup>) legitima uma maior *intensidade* regulatória em razão dos princípios próprios que são aplicáveis ao serviços públicos (e.g., universalidade, modicidade tarifária, adequação e continuidade), mesmo que sua prestação se dê de forma indireta (i.e., delegada a particulares). A própria lógica dos contratos de concessão de serviços públicos, sujeitos à tutela das agências mencionadas, implica, naturalmente, maior ingerência, que se espalha inclusive aos contratos privados entre as prestadoras de serviço público e os beneficiários.

Já para as agências que regulam relações eminentemente privadas, em que a vontade das partes é fonte primária de obrigações, a realidade deve ser outra. Não se trata de defender, aqui, uma visão do direito contratual oitocentista em que a autonomia da vontade era o fundamento único para a formação dos contratos, sem a

---

21-É importante registrar que tais agências, em certa medida, também regulamentam atividades privadas, em razão de assimetrias regulatórias que sujeitam parte das atividades econômicas dentro de seus espectros de competências ao regime de autorizações. De toda forma, o mister principal dessas entidades se volta à regulação de serviços públicos.

22-Segundo Paulo Modesto, a *publicatio* representa a noção de titularidade pelo Estado da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial, sendo traço característico da concepção francesa do serviço público, profundamente arraigada no Brasil. Para detalhes, v. MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Públco e Parcerias Públco-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Públco, Serviços de Relevância Públca e Serviços de Exploração Económica para as Parcerias Públco-Privadas*. In: *Revista Brasileira de Direito Públco - RBDP*. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 10, jul. / set. 2005, p. 10.

incidência de qualquer intervenção estatal<sup>23</sup>. É possível disciplinar relações privadas. Todavia, a regulação estatal nesses casos será naturalmente mais branda e guiada por critérios de proporcionalidade e subsidiariedade<sup>24</sup> notadamente em relações tendencialmente paritárias. Em casos que tais, como ocorre nas relações entre empresas<sup>25</sup>, deve-se ter por premissa que as partes privadas são

---

23 - Sobre o assunto, v. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 62/73; SOTO, Paulo Neves. *Novo perfil do direito contratual*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Perez; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 274/266.

24 - Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação estatal está limitada a dois vetores de atuação. No eixo horizontal, há limites quanto à abrangência da regulação, isto é, quanto a setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica. Assim é que, nesses casos, a intervenção estatal deve ser guiada pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual *as instituições sociais prescindem do Estado para resolver a maior parte dos problemas advindos do convívio social*. Já no eixo vertical, os limites sobre a intensidade da regulação são norteados pelo princípio da proporcionalidade, pelo que *o exercício do poder de polícia, entendido como intervenção na seara de direitos dos particulares, só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos*. Trata-se, pois, de uma forma de contenção do arbítrio e moderação do exercício do poder. Sobre o assunto, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Em sentido similar, Giovani Loss afirma que *[a] ideia de subsidiariedade, como se sabe, pressupõe que a ação estatal somente é justificável na medida em que os organismos autônomos sejam incapazes de atender aos objetivos de interesse público. A proporcionalidade, por sua vez, está ligada à adequação do meio ao fim, restando ao Estado a limitação de atuar proporcionalmente no estabelecimento de restrições aos indivíduos (pessoa jurídica ou física), quando em face dos benefícios para o interesse público*. (LOSS, Giovani R. *Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125).

25 - Segundo Paula Forgioni, *o Direito reconheceu que o mundo não funcionava dessa forma e que, em certas situações, assumir a paridade das partes era uma ficção sem sentido. Finch-se, no início do século XX, o direito do trabalho e, em sua segunda metade, o direito do consumidor. Esses subsistemas jurídicos partem da constatação de que, tanto o processo de vinculação do empregado ao empregador, quanto do consumidor ao fornecedor, não são presididos pela igualdade das partes. Daí o necessário reconhecimento da hipossuficiência*

aquelas que possuem maior capacidade de distribuir eficientemente seus recursos e riscos, a partir de uma troca equilibrada e dialógica de encargos e contraprestações<sup>26</sup>. Além disso – e não menos importante –, o ponto fulcral que diferencia tais atividades dos serviços públicos é a necessidade de respeito, pelo legislador, do direito fundamental à livre iniciativa privada<sup>27</sup>.

Voltando-se os olhos ao caso do parecer, verifica-se, em primeiro lugar, que a ANS tem a missão de regular apenas relações e atividades privadas. Isto é: inexiste serviço público a ser tratado como tal. O que há é uma atividade tipicamente privada de interesse público, mas não sujeita à *publicatio* (cf. o texto expresso do art. 199, *caput*, da Constituição da República<sup>28</sup>).

Em segundo lugar, essa regulação recai sobre um setor marcado pela heterogeneidade dos serviços regulados e pela pluralidade de atores que nele se interagem<sup>29</sup>. De fato, consumidores, OPSs, prestadores do

---

*de uma delas. No direito comercial, salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente; o mercado capitalista não poderia funcionar dessa forma.* (FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 67).

26 - Para uma crítica do modelo de ampla regulação dos contratos privados, confiram-se as palavras de Luciano Timm: (...) *leis 'welfaristas' podem acabar causando mais prejuízos do que vantagens àqueles destinatários de suas normas protetivas, justamente pelos efeitos antieconómicos e ineficazes que ensejam (deixando claro que não se está a tratar do direito do trabalho nem do direito do consumidor, que são ramos do Direito que dependem de estudo a parte). Não se esqueça de que a Ciência Económica é, por exceléncia, a ciência da eficiência social (e da distribuição dos bens e serviços), ou seja, da busca à resposta de como necessidades ilimitadas serão satisfeitas por recursos escassos.* (TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150).

27 - *Em outras palavras, o norte principal que distingue essas atividades dos serviços públicos é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental de livre-iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir; observados, naturalmente, os limites impostos pelos princípios do Direito Administrativo Económico.* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187/188).

28 - Art. 199. *A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

29 - *Uma primeira característica desse mercado diz respeito à natureza heterogênea dos serviços de saúde, decorrente da diferenciação desses produtos. Cada cuidado de saúde, mesmo*

serviço de assistência médico-hospitalar, fornecedores de materiais, de equipamentos médicos e de medicamentos, além do próprio Poder Público, estabelecem entre si uma intrincada e multifacetada rede de relações contratuais e regulatórias.

Em terceiro lugar, como se viu, ao criar a ANS, o legislador teve por assegurar o equilíbrio e sustentabilidade do mercado de saúde suplementar, com a consequente tutela dos interesses do beneficiário de planos de saúde<sup>30</sup> – esses sim, vale salientar, merecedores de especial atenção, dada a vulnerabilidade ínsita à condição de consumidor. Justamente essa posição de desigualdade legítima que a ANS tutela o consumidor por meio de mecanismos que garantam a adequação dos serviços a eles prestados (a partir do binômio segurança/qualidade), a transparência e o acesso às informações desses serviços, o dever de não discriminação, dentre inúmeras outras medidas calcadas na essencialidade de tais prestações de saúde<sup>31</sup>.

Não é isso que ocorre, todavia, com contratos entre a OPS e os prestadores de serviço. Neles, não há de se cogitar, como premissa necessária e geral, de qualquer vulnerabilidade ou hipossuficiência dos prestadores de serviços que demande tutela estatal. Inexiste *posição de debilidade ou de subordinação estrutural*<sup>32</sup>, como se presume no

---

*quando ofertado por um provedor da mesma especialidade, é heterogêneo, principalmente com relação à qualidade. A dimensão da qualidade do cuidado com a saúde envolve vários aspectos: a qualificação do provedor, a relação pessoal estabelecida entre o provedor e o paciente (confiabilidade, fidelidade), o tempo de espera, o acesso a outros serviços complementares, entre outros. Associada à diferenciação do produto está a presença de preferências heterogêneas dos consumidores. (...) Por fim, a assimetria informational entre os agentes envolvidos no provimento e no financiamento dos cuidados com a saúde altera de forma importante a dinâmica da oferta e demanda nesses mercados.* (ANDRADE, M.; MAIA, A. C.; RIBEIRO, M. M.; LIMA, H. W.; CARVALHO, L. R.. *Estrutura de Concorrência no Setor de Operadoras de Planos de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: ANS, 2015, p. 17).

30 - MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Saúde Suplementar: *O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2001. p. 29

31 - CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 229/233.

32 - ALMEIDA, João Batista de. *Manual do direito do consumidor*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

direito consumerista. Aqui, a relação é tendencialmente paritária e competitiva, o que não justifica regulação excessiva nem intensa, mas a tutela da autonomia da vontade.

Na verdade, prestadores de serviços tendem, até mesmo, a ter mais informações que as OPSs, ao mesmo tempo em que competem entre si pelos melhores contratos com Operadoras (que igualmente competem entre si), conforme suas demandas e possibilidades. Trata-se de relações entre OPSs com clínicas, hospitais, laboratórios etc., os quais possuem conhecimento sobre o setor – de modo a afastar assimetrias de informação – e têm condições de negociar condições contratuais em situações de razoável equilíbrio. Em cenários assim, a alocação de riscos de parte a parte num contrato será mais bem efetuada pelas próprias interessadas, que mais bem conhecem suas circunstâncias.

Daí não se revelar legítimo que a Autarquia envide esforços para uma atuação regulatória mais incisiva nas relações entre fornecedores (*i.e.* operadoras e prestadores de serviço), que são eminentemente privadas, paritárias e orientadas pela autonomia da vontade<sup>33</sup>. Trata-se de um ambiente típico de negociação. Anote-se, ainda, que sequer há razões para se afirmar que os médicos e demais profissionais de saúde autônomos estariam numa posição de inferioridade no mesmo nível dos consumidores. Eles são profissionais liberais que não estão em situação de relevante assimetria de informação (muitas vezes, a assimetria está do lado da Operadora, que não sabem o que se passa efetivamente com os pacientes), possuem considerável capacidade de coordenação corporativa, beneficiam-se do credenciamento – aos quais aderem livremente – e que são tão fornecedores de serviços aos consumidores quanto os OPSs.

Por tudo isso, cabe ao regulador adotar posição deferente à autonomia privada das partes, considerando as margens negociais de cada um dos agentes do mercado como forma de equacionar suas próprias controvérsias.

---

33-Conforme reconhecido pela jurisprudência, *na espécie dos contratos paritários, ambas as partes encontram-se em igualdade de condições para a discussão dos termos do negócio jurídico, o que acaba por vincular as partes ao Princípio da Autonomia da Vontade.* (TJSP, Apelação nº 1002026-75.2018.8.26.0663, Des. Rel. Lígia Araújo Bisogni, 14<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, julgado em 30/10/2018).

## 2.4. A solução prevista na Lei nº 13.003/2014: a prevalência da via negocial como solução para o equilíbrio do sistema na relação entre OPSs e prestadoras de serviços

As duas primeiras premissas firmadas neste capítulo envolvem *(i)* o limitado escopo de competências regulatórias da ANS para disciplinar a relação entre as OPSs e os prestadores de serviços médicos e hospitalares; e *(ii)* a natureza eminentemente privada e paritária da relação jurídica estabelecida entre esses agentes, o que atrai a incidência dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade sobre eventual um ímpeto regulatório da ANS, em respeito à liberdade de iniciativa e autonomia da vontade de ambos os atores. A terceira premissa a ser destacada é, na verdade, um reflexo direto das duas primeiras, que, desde a edição da Lei nº 13.003/2014, foi reafirmada e consolidada pelo legislador, a saber: *(iii)* a prevalência da via negocial entre as OPSs e os prestadores de serviços como forma de compor o equilíbrio do sistema de saúde suplementar.

A evidência de tal conclusão é extraível do já mencionado art. 17-A da Lei nº 9.656/98, incluído pela Lei nº 13.003/2014. Como antecipado acima, de acordo com o referido dispositivo, as condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, *serão reguladas por contrato escrito*, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.

De fato, os contratos representam uma maneira possível de autorregulação dos interesses das partes contratantes<sup>34</sup>, o que, aliás, foi expressamente reconhecido pelo art. 17-A da Lei dos Planos de Saúde, quando o dispositivo estabelece que o instrumento formal deverá *regular* as condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas. Nessa toada, uma das mais relevantes funções do contrato é justamente a distribuição das obrigações, contraprestações e direitos entre as partes, com a alocação equilibrada de custos e riscos – o que é alcançável por meio da negociação entre elas<sup>35</sup>.

---

34 - DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 3. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

35 - A mais importante função dos contratos é a distribuição de obrigações entre as partes, o que, em termos econômicos, significa alocação de custos. Como já dito, em um

Nesse ponto, ressalte-se que o art. 17-A da Lei nº 9.656/98 previu cláusulas essenciais para os contratos entre Operadoras e prestadores de serviços. Elas estão estipuladas em seu §2º, que prescreve a necessidade de que tais negócios jurídicos prevejam: *(i)* o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados; *(ii)* a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados; *(iii)* a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora; *(iv)* a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão; e *(v)* as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas<sup>36</sup>.

O objetivo do legislador foi, portanto, criar as bases que facilitassem a negociação entre as partes, criando meios para se chegar a soluções benéficas para o sistema de saúde suplementar. Ao estabelecer cláusulas obrigatórias nestes contratos – o que é plenamente possível na teoria geral dos contratos, inclusive para contratos típicos do direito civil<sup>37</sup> – o legislador promoveu

---

*mercado competitivo, esta alocação é feita de forma mais eficiente quando as próprias partes negociam livremente, uma vez que um planejador central não possui, em regra, informações completas sobre as preferências dos agentes econômicos. O exemplo ilustra como as limitações ao poder de contratar podem, em determinados casos, engessar as alternativas à disposição das partes e impedir que relações eficientes aconteçam.* (PORTO, Antonio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. *Economia comportamental e contratos de adesão*. In: Revista de Direito Empresarial – RDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 5173, jan./abr. 2012). Grifou-se.

36 - Em atenção ao mencionado dispositivo, a ANS editou a Resolução Normativa - RN nº 363/2014, que dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde. Trata-se de um regramento minimalista que, reconhecendo a autonomia contratual dos agentes econômicos envolvidos, disciplina apenas os aspectos essenciais relacionados ao conteúdo dos negócios jurídicos firmados.

37 - De fato, como bem assevera Caio Mário da Silva Pereira, o contrato está sujeito, como todo o negócio jurídico, a requisitos específicos, cuja inobservância gerará sua ineficácia. Segundo o autor: *Mais modernamente, (...) sentiu o direito a imperiosa necessidade de ordenar certas regras de segurança, no propósito de garantir as partes contratantes, contra as facilidades que a aplicação demasiado ampla do princípio do consensualismo vinha difundindo. E engendrou então certas exigências materiais, que podem ser subordinadas ao tema do formalismo, as quais abalam a*

a possibilidade de alocação dos riscos *ex ante*, diminuindo as possibilidades de conflito em campos considerados essenciais para a sustentabilidade do setor de saúde suplementar. De fato, em estudo econômico dedicado ao tema, constatou-se que a solução para o modelo de contratação entre as OPS e os prestadores de serviço *exige a negociação efetiva entre as partes com o compartilhamento de receitas e riscos e, sobretudo, pelo alinhamento de incentivos que premiem simultaneamente a redução de custos e aumento da qualidade do serviço médico*<sup>38</sup>. O modelo adotado pela Lei nº 13.003/2014, portanto, abraça mecanismos indutivos<sup>39</sup> de diálogo entre as partes em busca de relações equilibradas e de redução dos custos de transação no decorrer da execução dos contratos.

Mas não é só. Como se disse acima, o art. 17-A da Lei dos Planos de Saúde conferiu à ANS uma nova competência para definir índices de reajuste dos contratos entre Operadora e prestadores de serviços, nos casos em que as partes não cheguem a um acordo (§4º). Trata-se, pois, de uma competência a ser exercida em caráter eminentemente subsidiário, isto é, apenas nos casos em que as partes tenham chegado a um impasse – em uma posição muito similar àquela atribuída ao Judiciário em estabelecer, em determinados casos, as condições de execução de um contrato, a serem coativamente observadas pelas partes do negócio jurídico<sup>40</sup>.

---

*generalização exagerada do consensualismo. Assim é que se exige a elaboração de instrumento escrito para a venda de automóveis; se exige inscrição no registro imobiliário, para que as promessas de compra e venda sejam dotadas de execução específica com eficácia real (arts. 1.417 e 1.418 do Código), e se impõe o registro na alienação fiduciária em garantia (parágrafo 1º do art. 1.361 do Código).* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Vol. III.* 21<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 18).

38 - AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuuki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas.* White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016, p. 84.

39 - A regulação deve considerar alternativas aptas a induzir os agentes econômicos a adotarem condutas e comportamentos esperados pelo marco regulatório. Sobressai em importância, nesse sentido, a busca por mecanismos alternativos de incentivos. A propósito: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.* Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.

40 - Mais uma vez, Caio Mário da Silva Pereira reconhece que a lei pode

Aqui também há um relevante reconhecimento da via negocial como solução acolhida para todos os aspectos do contrato, salvo em relação aos critérios de reajuste, em que a vontade das partes é apenas fonte primária da relação, a qual pode vir a ser substituída pela fonte secundária (*i.e.*, por meio da decisão proferida pela ANS quanto ao critério a ser observado).

Em síntese, a nova previsão legal privilegiou justamente a autonomia da vontade entre as partes, ao estabelecer (*i*) critérios puramente formais de validade dos contratos (*cláusulas obrigatórias*), sem qualquer definição do seu conteúdo; e que (*ii*) a intervenção da Agência se dará apenas em caráter subsidiário, em caso de impasses das partes, e exclusivamente em relação à forma de reajustamento dos preços desses contratos. Como é possível notar, o escopo de atuação da ANS foi delimitado pela legislação de forma bem reduzida quanto às relações negociais entre OPSs e prestadores de saúde.

São essas as premissas jurídicas que devem subsidiar as reuniões e discussões no âmbito da CATEC, e servir como freio a eventuais propostas que visem ampliar, de modo indevido, a regulação da ANS sobre aspectos eminentemente privados da relação contratual estabelecida entre as Operadoras e os prestadores de serviço. A *uma*, porque as competências previstas na sua lei de criação não conferem um poder amplo e genérico de regulação desses ajustes. A *duas*, porque se trata de uma relação exclusivamente privada e paritária, em que a abrangência e a intensidade regulatória devem ter por norte o respeito à liberdade de iniciativa e autonomia da vontade de ambas as partes. A *três*, porque o legislador, ao editar a Lei nº 13.003/2014, confirmou as premissas anteriores e imputou às próprias OPSs e prestadoras de serviço a definição das soluções adequadas para as controvérsias do setor, induzindo-as a negociar *ex ante* os elementos essenciais de sua relação na busca de convenções equilibradas.

---

conceder ao juiz a faculdade de rever o contrato e estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 21<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 26). Trata-se de uma função integrativa que geralmente é exercida quando há um impasse ou espaços vazios deixados pelas partes para soluções *ex post*.

### **3. REPERCUSSÕES DA NATUREZA ESTRITAMENTE PRIVADA DA RELAÇÃO ENTRE AS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE E OS PRESTADORES DE SERVIÇOS. LIMITES E POSSIBILIDADES QUANTO À REGULAÇÃO, PELA ANS, DOS PROCEDIMENTOS DE GLOSA E REMUNERAÇÃO POR PACOTES DE PROCEDIMENTOS**

Apresentado o pano de fundo teórico e normativo que deve guiar a atuação da ANS quanto às relações estabelecidas entre OPSs e prestadores de serviço, passa- se ao exame mais minucioso das aparentes pretensões regulatórias indicadas pela Agência, conforme o teor da Portaria nº 8, de 15 de outubro de 2018. Neste capítulo, serão examinadas as questões referentes *(i)* às glosas efetuadas pelas OPSs quanto a procedimentos, insumos e medicamentos; bem como *(ii)* à adoção do modelo de remuneração dos prestadores baseado nos chamados *pacotes de procedimentos*.

As *glosas*, promovidas pelas operadoras de planos de saúde, referem-se ao não pagamento (ao menos, de forma imediata) de valores referentes a atendimentos, materiais, procedimentos ou medicamentos reportados pelos prestadores de serviço (hospitais, laboratórios, clínicas médicas, etc.), pelo fato de não cumprirem os requisitos previstos em contrato. Segundo o relato da FenaSaúde, condutas que podem justificar as glosas abarcam hipóteses como o preenchimento incorreto de uma conta<sup>41</sup>, a ausência da assinatura do médico responsável por um procedimento, a realização de procedimentos que, segundo o contrato, não constituam objeto de cobertura ou dependam da prévia autorização da OPS para sua realização, dentre outros.

Já os *pacotes de procedimentos* constituem uma técnica negocial pela qual as partes englobam os serviços e insumos de determinado procedimento médico - hospitalar dentro de um preço fixo pré-acordado. Essa técnica negocial – realizada em procedimentos com baixa variabilidade na utilização de insumos e serviços – é estipulada

---

41 - Isso pode se dar, por exemplo, com a não adoção dos parâmetros da tabela TUSS. Ressalte-se, nesse ponto, que o art. 9º da RN nº 363/2014 determina que os serviços contratados pela operadora devem ser descritos por procedimentos, de acordo com a Tabela de Terminologia Unificada em Saúde Suplementar - TUSS.

com base nos padrões de atendimentos do próprio prestador<sup>42</sup>. Trata-se de um modelo de remuneração distinto daquele chamado de *fee for service*, em que as OPSs remuneram os seus parceiros mediante o resarcimento integral de seus custos no atendimento aos beneficiários.

Para a compreensão e o tratamento de ambos os temas, é determinante considerar o reconhecimento, pelo próprio legislador, da relação estritamente privada estabelecida entre as partes, que são tendencialmente paritárias e atuam em um ambiente competitivo. Em verdade, a possibilidade jurídica e o *modus operandi* tanto das glosas quanto da utilização dos pacotes de procedimentos inserem-se no núcleo duro da autonomia contratual conferida pela lei às OPSs e aos prestadores de serviços. Ainda, eles encontram fundamento na própria ideia de comutatividade e de força obrigatória inerente aos contratos, como se explicitará adiante.

### **3.1. O fundamento para as glosas e para a remuneração por pacotes de procedimentos: a autonomia contratual e a comutatividade dos contratos**

O reconhecimento da existência de uma relação jurídica de natureza eminentemente privada e paritária, estabelecida entre OPSs e prestadores, remete o intérprete ao direito civil como fonte para solução das questões postas pela Consulente. De fato, como já se afirmou, não se está diante da prestação de um serviço público, nem de uma relação de consumo (na qual o desequilíbrio das partes é presumido), o que poderia atrair o dever estatal de reestabelecer a paridade entre as partes por meio do estreitamento da autonomia da vontade.

Em relações paritárias, a doutrina civilista aponta que um dos elementos de densificação da autonomia da vontade é justamente a liberdade das partes para a fixação do *conteúdo do contrato*. Refere-se à *autonomia contratual*<sup>43</sup>, que não se confunde com a autonomia de contratar, faceta da autonomia da vontade relacionada ao poder de firmar ou não contratos. Isso significa que, dentro das possibilidades

---

42 - *Sistemáticas de Remuneração dos Hospitais que Atuam na Saúde Suplementar: Procedimentos Gerenciados*, Grupo de Trabalho Sobre Remuneração dos Hospitais, 2012. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao\\_da\\_sociedade/2016\\_gt\\_opme/grupo5\\_orteses\\_proteses\\_materiais\\_especiais\\_rodadarj\\_2010.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/2016_gt_opme/grupo5_orteses_proteses_materiais_especiais_rodadarj_2010.pdf) Último acesso em 23/11/2018.

43 - GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

conferidas pelo ordenamento jurídico, as partes podem disciplinar aspectos diversos, a exemplo da delimitação do objeto contratual, da forma de cumprimento das obrigações, do momento em que elas deverão ser adimplidas, de que forma se dará a remuneração ajustada, etc.

Como se viu acima, a Lei nº 13.003/2014 não esvaziou a autonomia contratual das partes, mas se limitou a especificar questões que devem constar obrigatoriamente dos contratos entre as OPSS e os prestadores de serviço, incluindo aspectos relacionados às possibilidades de *glosas* e do pagamento por meio de *pacotes de procedimentos*. Mais especificamente, tornaram-se cláusulas obrigatórias aquelas que versem sobre: a descrição de todos os serviços contratados (art. 17-A, §2º, inciso I, da Lei nº 9.656/1998, incluído pela Lei nº 13.003/2014); a definição dos valores dos serviços contratados; os critérios para esses pagamentos; os procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados (art. 17-A, §2º, inciso II); e a identificação dos atos que exijam a prévia autorização da Operadora (art. 17-A, §2º, inciso III).

Pois bem. No direito dos contratos em geral, cada instrumento se submete a um conjunto de riscos próprios, que lhe são inerentes, e que fazem com que em cada ajuste se negocie um regramento próprio para lidar com os eventos futuros e incertos a que as obrigações pactuadas se sujeitam. Por exemplo, nos contratos de compra e venda, aplica-se a regra geral da *res perit debitori*, ou seja, os riscos quanto à coisa são suportados pelo vendedor e, quanto ao preço, pelo comprador<sup>44</sup>; na empreitada, a depender de sua modalidade, esses riscos podem correr por conta do empreiteiro (empreitada mista) ou do dono da obra (caso receba com atraso a entrega da obra ou na modalidade de empreitada de lavor)<sup>45</sup>; no contrato de depósito, aplica-se a regra *res perit creditoris*, respondendo o depositante pelos riscos do contrato<sup>46</sup>; e assim por diante, de acordo com o tipo contratual.

Independentemente do tipo ou da modalidade contratual, fato é que assunção de risco é subjacente a todo e qualquer contrato. Cada espécie contratual equaciona de forma própria os riscos atrelados à execução de seu objeto. Além disso, desde que não haja vedação legal, as próprias partes podem

---

44 - GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 11<sup>a</sup> ed., p. 258.

45 - GOMES, Orlando. Op. cit.. p. 337.

46 - GOMES, Orlando. Op. cit.. pp. 382-383.

incluir em contrato elementos incertos que podem alterar o cumprimento das obrigações. Aplica-se, em regra, a autonomia privada, de modo que em cada contrato existe uma matriz de risco proveniente da própria natureza do ajuste ou inserida por vontade das partes no instrumento firmado<sup>47</sup>.

Em todo pacto, portanto, existem riscos, que, por vontade das partes, podem ser assumidos da forma que lhes for mais conveniente – o que, por certo, é plenamente compatível com as regras de direito privado. E é também o que se passa no caso sob análise.

Quanto aos *pacotes de procedimentos*, a padronização dos preços para um conjunto pré-delimitado de itens é um mecanismo de redução de custos de transação que viabiliza a realização de um maior número de trocas, com aptidão para trazer benefícios a ambas as partes que, livremente, negociam sobre o seu conteúdo. Já em relação às glosas, a comutatividade e o caráter sinalagmático dos contratos dão pleno respaldo à conduta promovida pelas OPSs<sup>48</sup>.

Com efeito, os contratos comutativos celebrados entre as partes preveem, naturalmente, prestações correlatas, em que um contratante não pode exigir a obrigação do outro (i) se essa pretensão não

---

47 - Nas palavras de Maria Feitoza: *A alea pode resultar da própria natureza do pacto, como nos casos de seguro, jogo e aposta, loteria etc., ou da vontade das partes, como a aquisição contratual de colheita futura. Nesta última hipótese, a prestação seria naturalmente comutativa, mas, em virtude de vontade expressa das partes, submete-se à introdução do elemento aleatório.* Num ou noutro caso, o risco tratado refere-se à existência total ou parcial da coisa adquirida. Tais negócios não se resumem apenas aos casos de compra e venda, sabendo-se que resultam aleatórias todas as transações que tenham por objeto uma prestação sujeita à sorte (ou ao risco). (FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer. *As relações multiformes entre contrato e risco*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, n. 139. p. 113).

48 - Não por menos, a Resolução Normativa nº 363/2014 prevê expressamente o uso de glosas dentro dos procedimentos de rotina de auditoria administrativa e técnica. Confira-se o art. 14 do referido ato normativo: Art. 14. A rotina de auditoria administrativa e técnica deve ser expressa, inclusive quanto a: I - hipóteses em que o Prestador poderá incorrer em glosa sobre o faturamento apresentado; II - prazos para contestação da glosa, para resposta da operadora e para pagamento dos serviços em caso de revogação da glosa aplicada; e III - conformidade com a legislação específica dos conselhos profissionais sobre o exercício da função de auditor. Parágrafo único. O prazo acordado para contestação da glosa deve ser igual ao prazo acordado para resposta da operadora.

estiver amparada no contrato (*v.g.*, nos casos em que determinado procedimento ou medicamento não consta do instrumento); ou, ainda, (*ii*) quando o cumprimento das obrigações ocorrer de modo defeituoso (*v.g.*, mediante pedidos formulados sem os requisitos previstos contratualmente). A constatação de uma dessas hipóteses atrai, então, a incidência da cláusula da *exceptio non rite adimpleti contractus*, segundo a qual a inexatidão do implemento da obrigação de uma parte equivale à própria falta de sua execução<sup>49</sup>. A lógica de tal raciocínio no direito civil é fundada em preceitos como a equidade e a vedação ao enriquecimento ilícito, além das teorias da causa, do equilíbrio das prestações contratuais e da força obrigatória dos contratos<sup>50</sup>.

Em suma, as sistemáticas de glosas e de remuneração por pacotes de procedimentos são legítimas e encontram respaldo na autonomia contratual das OPSs e dos prestadores de serviço, ante a inexistência de qualquer vedação legal que os proíba de assim construir seus contratos. Embora não se tenha clara qual a pretensão regulatória da ANS a esse respeito, não seria legítimo ato normativo que vedasse *tout court* tais procedimentos, nem que pretendesse fixar restrições em abstrato, *ex ante*, que esvaziasssem o poder de negociação das partes sobre esses aspectos.

Mais do que isso, tais práticas não só encontram respaldo na lei, como também se justificam em função de razões econômicas de grande relevo, como se passa a demonstrar.

### **3.2. A relação entre OPSs e as prestadoras de serviços como um “problema de agência”: a racionalidade das glosas e dos pacotes de procedimentos como medidas para evitar comportamentos oportunistas. Compartilhamento dos riscos do negócio como medida de equilíbrio do sistema de saúde suplementar**

Se o direito é importante para definir as balizas jurídicas de validade de um contrato, a economia é importante no desenho e na escolha do contrato<sup>51</sup>. No caso específico objeto do parecer, isso leva a uma

---

49 - PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Contratos* – v. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 64.

50 - GOMES, Orlando. *Contratos*. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 101.

51 - ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN,

investigação em torno da racionalidade econômica subjacente às glosas e à remuneração por pacotes de procedimentos. E essa lógica é clara.

Realmente, ambas as ferramentas buscam evitar comportamentos oportunistas que surgem em qualquer relação marcada pelas dificuldades próprias do denominado “problema de agência”. Por tal rótulo, quer-se designar o conjunto de problemas e desafios inevitáveis em relações bilaterais nas quais uma parte (referida pela literatura como “principal”) deseja delegar a outra (o “agente”) a realização de alguma atividade<sup>52</sup>. Em regra, os sujeitos envolvidos possuem objetivos diversos e não dispõem das mesmas informações relevantes para a transação. Isso abre espaço para condutas oportunistas que comprometem a eficiência do negócio e afastam a sociedade da alocação ótima dos recursos existentes. Na economia, esse cenário informacional assimétrico é estudado a partir dos fenômenos da *seleção adversa* e do *perigo moral*.

A *seleção adversa* tem lugar quando, antes de formalizada a avença, alguma *característica* do agente deixe de ser conhecida pelo principal. A impossibilidade de identificação precisa da contraparte negocial coloca um *trade-off* para o contrato ótimo: reduzir a vantagem informacional do agente e assegurar a eficiência da transação<sup>53</sup>. Já o

---

Rachel (Org.). *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 103.

52 - Sobre o tema, v. SAPPINGTON, David E. M. *Incentives in Principal-Agent Relationships*. In: *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, Spring, 1991, pp. 45-66.

53 - De forma simplificada, a eficiência (no sentido de Pareto) da transação requer que ambas as partes estejam ao menos tão bem quanto antes do contrato e ao menos uma das partes esteja estritamente melhor. Sob informação completa e simétrica, a eficiência é obtida, pois o principal é capaz de identificar o agente de maior qualidade e oferecer-lhe um contrato que cubra exatamente o seu custo de oportunidade (i.e., o seu maior ganho alternativo à assinatura do contrato). Sob informação assimétrica, porém, todo agente pode ocultar seu atributo verdadeiro. Para alcançar eficiência, o contrato deve induzir a correta revelação da característica privada, o que só é possível mediante a concessão de alguma renda informacional ao agente (remuneração além do seu custo de oportunidade). Em regra, essa renda é custosa para o principal e, por isso, distorce a alocação final dos recursos em relação ao first-best. Para uma análise formal do argumento, cf. LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent*

*perigo moral* se caracteriza sempre que, *depois* de celebrado o contrato, o comportamento do agente não possa ser perfeitamente monitorado pelo principal. Essa dificuldade de supervisão permite que o agente adote condutas individualmente ótimas, porém sob o *benchmark* de informação completa.

Em estudo realizado pelo Centro de Estudos em Negócios do Insper<sup>54</sup>, datado de 2016, foi identificado que a relação entre as OPSs e os prestadores de serviços de saúde é marcada *(i)* pela ausência de incentivos para qualidade e eficiência no modelo contratual; e *(ii)* pelo incentivo ao desperdício e perdas para a cadeia de saúde suplementar. No caso em exame, o problema de agência pode ser verificado tanto antes quanto depois da formalização do negócio entre prestadora e OPS. E é nesse contexto que se revelam necessários os mecanismos de monitoramento (glosas) e de criação de incentivos (pacotes de procedimentos) nos contratos, para mitigar os problemas decorrentes da incerteza comportamental das partes<sup>55</sup>.

De fato, por um lado, as Operadoras não são capazes de observar de maneira detalhada e *ex ante* a produtividade do potencial credenciado para a prestação do serviço. Conquanto se façam desenhos e avaliações de riscos, é inviável antecipar, exatamente, como, na prática, surgirão custos individuais de execução de procedimentos ou de fornecimento de insumos. E há diferentes fatores que apontam para tanto.

Em primeiro lugar, a prática revela que médicos e hospitais geralmente são remunerados integralmente por procedimentos e consultas indicados, sem incorrer em qualquer custo relacionado às suas decisões sobre o tratamento (modelo de conta aberta ou *fee for service*). Seu incentivo será, naturalmente, escolher o caminho mais caro (ainda que desnecessário)<sup>56</sup>. Nessas hipóteses, as OPSs passam a ficar

---

*model.* Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 41-46.

54 - AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuiki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016.

55 - SANTOS, Rodolfo Torres dos. *Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infraestrutura*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 21, jun., 2004, p. 237.

56 - Os contratos celebrados por OPS e estabelecimentos de saúde são caracterizados

em posição extremamente delicada, em que o valor final a ser pago é incerto, resultando em uma sistemática que *incentiva o desperdício e a utilização de procedimentos de maior custo*<sup>57</sup>. Um fornecedor ineficiente não terá incentivos para melhorar sua produtividade e minimizar custos<sup>58</sup>.

Tudo isso é ainda potencializado, em segundo lugar, pela intensa judicialização ocorrida no setor – mormente quando se sabe que, dentre os inúmeros julgados relacionados ao tema, há ainda forte inclinação na jurisprudência pelo reconhecimento da impossibilidade de as Operadoras interferirem com as atividades médicas, no que tange à indicação de medicamentos ou de procedimentos<sup>59</sup>.

---

*por expectativa de demanda e geralmente são pagos na modalidade conta aberta (see for service). Em outras palavras, a OPS não contrata atendimentos, mas ao credenciar um determinado hospital à sua rede, negocia o potencial de demanda com base no total de vidas que possui em sua carteira de beneficiários. (AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuiuki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016, p. 84).*

57 - *No modelo de remuneração vigente, quanto maior e mais caro forem os procedimentos realizados, maior será o ganho do hospital. Não há pagamento por qualidade dos serviços prestados, tampouco desfecho clínico do paciente. O mecanismo de pagamento incentiva o desperdício e a utilização de procedimentos de maior custo, pois o hospital recebe uma porcentagem. Quanto mais caro o procedimento, maior o ganho. Essa situação leva a decisões dispendiosas ou, no limite, com maior risco ao paciente, como a indicação de cirurgias desnecessárias. Na estrutura de despesa do hospital os medicamentos e materiais representam 30% dos custos, mas representam cerca de 45% da receita. (AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuiuki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016, p. 85).*

58 - SANTOS, Rodolfo Torres dos. *Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infraestrutura*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 21, jun., 2004, p. 245.

59 - Nesse sentido: REsp 1769557/CE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018; AgInt no AREsp 1064435/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 23/11/2017; REsp 1721705/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018; AgInt no REsp 1436348/SC, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016; AgRg no AREsp 624.402/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/3/2015, DJe 26/3/2015.

É nesse sentido que, à luz das características do tipo de serviço a ser prestado, pode revelar-se tanto adequado quanto eficiente que as OPSs credenciem prestadores a partir do modelo de remuneração denominado *pacotes de procedimentos*. Ao criar sistemas de classificação para grupos de pacientes com diagnósticos homogêneos, permite-se a elaboração de pacotes ou produtos para a compra de serviços hospitalares e/ou médicos com remunerações fixas, a partir do custo médio para esses tratamentos. Assim, criam-se incentivos de eficiência ao Operador, que terá cautela em avaliar o que é efetivamente necessário para cada caso, pois passa a compartilhar do risco da gestão dos gastos com cada tratamento. Não por menos, o modelo é adotado como padrão por diversos países, em uma abordagem de gerenciamento baseada não só na administração dos insumos, mas também no controle do processo do trabalho médico<sup>60</sup>.

Por outro lado, o nível de esforço *ex post*, exercido pelo contratado durante a execução do negócio, nem sempre é verificável objetivamente. Tal circunstância impede as OPSs de acompanharem precisamente o empenho do particular na redução dos custos de prestação do serviço. Isso revela uma necessidade de supervisão que eleva consideravelmente os custos de transação<sup>61</sup>. Conforme exposto

---

60-Para uma visão ampla sobre o modelo, v. NORONHA, Marina F.; VERAS, Cláudia T.; LEITE, Iuri C.; MARTINS, Mônica S.; BRAGA NETO, Francisco; SILVER, Lynn. *O desenvolvimento dos 'Diagnosis Related Groups' – DRG. Metodologia de classificação de pacientes hospitalares*. In: Revista de Saúde Pública. Vol. 25, nº 03, São Paulo, 1991, p. 198/208.

61-Sobre a teoria de custos de transação elaborada por Ronald Coase, v. COASE, Ronald. *The problem of social cost*. In: Journal of Law and Economics, Vol. 3, Outubro, 1960, pp. 1/44. Segundo o resultado que ficou conhecido como *Teorema de Coase*, se a externalidade puder ser transacionada e se não existirem custos de transação, então o resultado eficiente será alcançado pelo mercado, independentemente de quem possua os direitos de propriedade da atividade geradora da externalidade. A dificuldade prática é que, em geral, os custos de transação não são desprezíveis. De todo modo, é preferível que essas externalidades sejam corrigidas e internalizadas pela negociação entre as partes afetadas, definindo-se por elas claramente os direitos de propriedade e viabilizando-se o respectivo enforcement (ao invés da substituição da autonomia da vontade das partes pelo Estado). Trata-se de valorizar e garantir, portanto, a disciplina acordada nos contratos privados, assegurando-se a negociação pelas partes interessadas acerca de seus direitos de propriedade enquanto o resultado a priori mais eficiente.

no relatório elaborado por pesquisadores do Insper<sup>62</sup>, o modelo de pagamento em conta aberta gerou um trabalho complexo às OPSs, que precisaram criar toda uma estrutura de equipes de auditores nos principais hospitais para verificação das contas recebidas. Aliás, parte dos hospitais chega a alocar 10% (dez por cento) dos seus funcionários em serviços de contabilidade, monitoramento e controle das contas. Ao final, o modelo de *fee for service* pode gerar um jogo de soma negativa, cujos custos não se traduzam em melhoria para o tratamento do paciente<sup>63</sup>.

Em suma, a *ratio econômica* é simples: glosas e pacotes são ferramentas de criação de incentivos para que a prestadora de serviço (*agente*) atue considerando os limites estabelecidos pela OPS (*principal*). A partir de um ajuste contratual devidamente negociado entre as partes, pretende-se que médicos e hospitais prestem, de fato, os seus serviços com eficiência – o que, sob a ótica da *ratio jurídica*, vai ao encontro da finalidade de incremento da qualidade dos serviços ao usuário.

Em outras palavras, o objetivo das glosas e dos pacotes de procedimentos é evitar comportamentos oportunistas<sup>64</sup> e permitir um equilíbrio (ou compartilhamento) na repartição de riscos dessas operações. Reduzem-se as distorções informacionais existentes e promove-se a eficiência na prestação dos serviços médico-hospitalares. Mais que isso: legitima-se a autonomia contratual a ser

---

62-AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuiki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016, p. 88/89.

63-AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Fága de; ITO, Nobuiki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; Rousset, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. White Paper nº 01, São Paulo: Insper, mai., 2016, p. 89/92.

64- O oportunismo, risco reflexo da liberdade de contratar, representa comportamento que pode atingir toda e qualquer relação contratual firmada e deve ser veementemente combatido através das possibilidades institucionais existentes, já que cria consequências indesejáveis para uma das partes e para o próprio mercado, o qual não consegue a curto ou médio prazo combater esse critério. (KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. *O risco do oportunismo*. Revista de Direito Empresarial – RDE, Belo Horizonte, ano 8, n. 2, p. 2740, jul./dez. 2011).

abraçada pelo direito não só como o modelo preferencial em negócios jurídicos horizontais, mas também como aquele que gera os melhores resultados.

### **3.3. Um pequeno aparte: distorções do modelo em casos concretos e possíveis soluções pela ANS**

É natural e inevitável que haja falhas em mercados. Nem sempre as escolhas individuais e os ajustes firmados se pautarão por critérios racionais voltados à justa equalização dos interesses contrapostos<sup>65</sup>. É possível, portanto, que a alocação de riscos nos contratos não seja suficiente para corrigir ou evitar plenamente a ocorrência de distorções ou de utilização indevida dos remédios contratuais. A questão a ser enfrentada diz respeito ao remédio para lidar, de forma legítima, com essas falhas. E, na hipótese, o caminho sugerido no âmbito da CATEC – *i.e.*, de uma regulação pela Agência, em caráter geral e abstrato, sobre aspectos eminentemente negociais –, não encontra respaldo jurídico que o legitime.

Como se viu no acima, o exercício do poder regulatório da ANS sobre a relação contratual entre as Operadoras e os prestadores de serviços deve necessariamente ser lido sob uma dupla ótica: *(i)* há aquela que remete a um requisito *formal*, relativo aos limites da própria competência da Agência; e *(ii)* há o olhar que aponta para um requisito *material*, referente à identificação de possíveis situações de disfunções nas relações privadas (*vulnerabilidades* ou *hipossuficiências*) como condições para a intervenção regulatória normativa e filtros relativos à abrangência e à intensidade dessa regulação.

Nesse ponto, é necessário repisar que à ANS *não* foi conferido um poder regulatório amplo e irrestrito para criar restrições ao poder negocial das partes, a ponto de se imiscuir no conteúdo dos ajustes a serem firmados. Caso edite normas nesse sentido, transbordará dos limites de suas competências. O reconhecimento da relação estritamente privada, em que as partes são tendencialmente paritárias, também é determinante para a compreensão da questão. Não se está diante de uma relação em que o desequilíbrio se presume, de modo a atrair um dever estatal de reestabelecer a paridade entre os contratantes por meio do estreitamento genérico

---

65 - THALER, Richard H., *Quasi Rational Economics*, Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1991.

de sua autonomia da vontade. As disfunções dessa relação não podem ser generalizadas. Devem ser corrigidas caso a caso, e não por meio de medidas de conteúdo abstrato e *ex ante*.

É dizer: a ANS, no âmbito de seu poder de polícia, pode atuar para corrigir eventuais distorções identificadas nas relações entre OPSs e prestadores. Todavia, isso deve se dar em *casos concretos*, com vista a atender a objetivos institucionais legítimos a ela atribuídos pelo ordenamento. Caso se verifique, *e.g.*, que a remuneração do pacote de procedimentos implicou, em uma hipótese específica, a *não cobertura* ou o tratamento indevido aos beneficiários dos planos de saúde, a ANS poderá atuar para determinar a correção da conduta irregular. De igual forma, é possível cogitar de situação em que o crescimento abrupto de glosas por uma OPS constitua indício de que sua saúde financeira não vai bem, legitimando que a ANS atue sob a lógica de tutelar o equilíbrio do risco financeiro da cobertura assistencial. O que não é possível é se tomarem tais condutas pelo todo, propondo-se soluções abstratas com base em uma competência inexistente.

Aliás, ao ignorar tal falta de competência e propor a regulação de aspectos contratuais sensíveis, a ANS pode, até mesmo, gerar resultados contrários ao seu intento regulatório. De fato, pode-se cogitar tanto de problemas concorrenciais, quanto questões relacionadas aos beneficiários dos planos de saúde<sup>66</sup>. De forma direta: é possível que ocorram falhas regulatórias que, do ponto de vista das consequências econômicas, podem ser inclusive mais nocivas ao mercado, o que só corroboraria a ilegitimidade de medidas desse tipo.

---

66 - Como destacado pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência: *A regulação de variáveis comerciais sensíveis por entidades profissionais, apesar de arraigada à cultura do Brasil e de diversos outros países, desperta séria preocupação concorrencial. Isso ocorre, em particular, por conta do conflito de interesses que decorre da indesejável situação em que o regulador é, também, o regulado. Nesse sentido, sempre que a atuação regulatória das autarquias profissionais for além de normas estritamente éticas sobre o comportamento médico-paciente, para entrar o campo negocial e atuação do médico enquanto provedor de serviço, o comportamento corporativista tende a promover a coordenação entre os profissionais, afetando preços, oferta de serviços, a atuação de outros profissionais da saúde.* (Nota Técnica SEI nº 4/2018/ASSEC/SEPRAC-MF, p. 10).

#### **4. OS LIMITES DA REGULAÇÃO ESTATAL E AS POSSÍVEIS FALHAS REGULATÓRIAS. PREMISSAS PARA O EXAME DA PRETENSÃO REGULATÓRIA RELATIVA ÀS TABELAS DE REFERÊNCIA E À FORMALIZAÇÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE OPSs E PRESTADORES DE SERVIÇO**

Em paralelo ao exposto acima, a análise da juridicidade das propostas apresentadas no âmbito da CATEC também demanda uma avaliação à luz dos efeitos sistêmicos das pretensões regulatórias da Autarquia.

No plano ideal, a atividade regulatória estatal deve ser permeada por premissas básicas que dialogam entre si. A *primeira* diz respeito à identificação clara do objetivo social desejado, a fim de se avaliar qual a medida mais eficiente, dentre aquelas disponíveis, para produzir o resultado esperado. A *segunda* diz respeito à necessidade de avaliação das variáveis temporais e de intensidade da medida escolhida, pois a conjuntura subjacente pode mudar a qualquer momento, interferindo na eficácia da regulação aplicada. A *terceira* remete aos custos, diretos e indiretos, da regulação pretendida. À evidência, para cada uma das propostas regulatórias possíveis, há custos a serem suportados e que produzirão, de igual modo, incentivos e consequências diferentes para os agentes econômicos por ela atingidos<sup>67</sup>.

Para que tais premissas sejam devidamente analisadas e correlacionadas, ganha destaque o postulado da proporcionalidade<sup>68</sup>,

---

67 - Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 138 e 163/164.

68 - Como tem sido reiteradamente exposto pela doutrina e pela jurisprudência, o dever constitucional de proporcionalidade, corolário das cláusulas do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB) e do devido processo legal em sua dimensão material ou substantiva (art. 5º, LIV, da CRFB), é um dos mais importantes parâmetros de controle da juridicidade das leis e atos estatais, quando houver relação de causa e efeito da medida analisada (v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3a ed., São Paulo: Malheiros, 2004; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 218-246; e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003). No mesmo sentido, conforme já assentado pelo E. Supremo Tribunal Federal, *[o] princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, de suas notadamente daquela*

enquanto guia que conduz a ação estatal a fim de evitar distorções causadas pela própria regulação (as chamadas *fallhas regulatórias*)<sup>69</sup>. Em outras palavras, se *(i)* cabe ao Poder Público efetivamente conduzir os processos regulatórios em prol da consecução de finalidades legítimas, e se, para isso, *(ii)* deve se valer de um ferramental que efetivamente atue como fator de influência estrutural e comportamental nos mercados e setores regulados, impõe-se a observância dos três testes extraídos do postulado da proporcionalidade: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

A ideia é que uma medida estatal somente será legítima quando, ao mesmo tempo, for *(i)* adequada à consecução da finalidade almejada, *(ii)* necessária ou exigível para o alcance desse fim, o que implica uma avaliação sobre a eventual (in)existência de outros meios igualmente aptos e menos gravosos a atingir o mesmo desiderato, e *(iii)* proporcional em sentido estrito, a indicar uma análise entre os custos e benefícios envolvidos<sup>70</sup>. Superadas essas etapas, é possível afirmar que, ao menos em tese, os efeitos da regulação potencialmente não conduzirão a resultados adversos e distintos daqueles desejados pela implementação da medida. Caso contrário, a regulação, na tentativa de corrigir falhas de mercado, criará uma nova distorção, configurando-se a chamada *fallha regulatória*.<sup>71-72</sup>

---

*que veicula a garantia do substantivo due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.* (ADI-MC nº 1407/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 24/11/2000).

69 - SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 74/84.

70 - BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

71 - Confira-se, neste sentido: FREITAS, Rafael Véras de. *As falhas da regulação Brasileira*. In: Direito do Estado, Ano 2016, Num. 90. Disponível em: <<https://goo.gl/QsgNhv>>. Acesso em: 02.12.2018.

72 - *A necessidade de intervenção estatal é evidente em diversas áreas. Afinal, não existem setores econômicos verdadeiramente imunes à regulamentação, considerando que ela é necessária para estruturar os mercados, definir as 'regras do jogo' e apontar condicionantes para guiar as atitudes dos indivíduos. Contudo, ao lado do reconhecimento da necessidade das regras jurídicas para o bom funcionamento dos mercados, falta a percepção de que o aparato do Estado pode funcionar mal em diversas ocasiões. Apenas boas intenções não garantem bons resultados. Com frequência maior do que a desejável, os governos erram*

Especificamente no que se refere à hipótese da Consulta, essa análise relativa à ocorrência de uma falha regulatória se apresenta especialmente relevante, tendo em vista se tratar do mercado de saúde, em que os interesses envolvidos são não apenas múltiplos, mas interdependentes. As falhas regulatórias podem não só prejudicar os usuários, como também onerar o Sistema Único de Saúde. Portanto, a regulação da ANS deve ter por objetivo último o equilíbrio dos subsistemas jurídicos.

Essa perspectiva é relevante – e necessária – para o exame das propostas da ANS referentes *(i)* à utilização de tabelas de referência de remuneração e *(ii)* à adoção de novas medidas regulatórias no que diz respeito à formalização e rescisão dos contratos celebrados entre OPSs e prestadoras de serviços. Cada um desses pontos será analisado de forma mais detida a seguir.

#### **4.1. Proposta sobre utilização de tabelas de referência de remuneração para redução de supostas assimetrias informacionais entre as OPSs e os prestadores de serviços**

Como visto acima, um dos pontos suscitados pela ANS para discussão no âmbito da CATEC diz respeito à utilização de tabelas de referência para a remuneração dos serviços e procedimentos contratualizados entre operadoras e prestadores de serviço de saúde.

O assunto merece atenção especial uma vez que muitos os efeitos negativos de uma regulação de preços em hipótese em que essa variável deva ser, a princípio, livre. Como apontou Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, dentre os efeitos nocivos, destacam-se *preços supracompetitivos, transferência de riqueza dos consumidores para os fornecedores, redução na quantidade ofertada e nas escolhas disponíveis para o consumidor, além da manutenção de agentes econômicos ineficientes no mercado*<sup>73</sup>.

---

*em suas medidas intervencionistas e provocam distorções ainda maiores do que os desvios que pretendiam corrigir, aplicando o suposto remédio de maneira equivocada.* SANTOS, Estevão Gomes Corrêa dos. *A relação entre mercados e governos à luz da teoria das falhas de regulação.* In: ARAGÃO, Alexandre S.; PEREIRA, Carolina M.; LISBOA, Letícia L. A. (Coords.). *Regulação e infraestrutura.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 188/189.

73-RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 146.

Especificamente quanto à área da saúde, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda – SEPRAC<sup>74</sup> já se manifestou sobre a utilização de tabelas de preços *obrigatórios* ou *sugeridos* de honorários médicos. A análise da SEPRAC foi no sentido de que a publicação dessas tabelas possui efeito negativo extremamente sobre a concorrência, *tendendo a elevar preços e uniformizá-los*. Confira-se trecho relevante da Nota Técnica elaborada pela Secretaria<sup>75</sup>:

*O objetivo imediato da tabela de preço é, por definição, influenciar a decisão de precificação. Ainda que o valor tabelado não seja, formalmente, o preço fixo, mínimo, ou máximo a ser cobrado pelo serviço, ele foi publicado pela entidade de classe para servir de ponto focal para os seus associados. Isso significa que há uma expectativa de que os honorários cobrados orbitem em torno do valor sugerido. Implica, ainda, dizer que, ainda que uma tabela não seja, formalmente, imposta pelo sindicato, ou associação, é razoável presumir que, quando amplamente divulgada aos seus associados, conduza a um grau de uniformização (pelo menos com relação ao limiar inferior de preços) não muito distante daquele esperado para uma tabela de preços fixos. A ampla divulgação pela associação tem o condão, inclusive, de suscitar a expectativa de punição disciplinar sobre os associados que a ignorarem. Desse modo, tabelas de preços publicadas por entidades profissionais influentes têm efeito esperado negativo sobre a concorrência em preços, tendendo a elevar preços e a uniformizá-los. (grifou-se)*

Como se observa, as conclusões da SEPRAC evidenciam um risco gravíssimo para o equilíbrio do mercado de saúde. Com base em dados econômicos e empíricos – como, *e.g.*, condenações de prestadores de serviços de saúde no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE por formação de cartel – a Secretaria foi capaz de realizar uma análise ampla e profunda dos problemas atrelados ao tabelamento, que vão desde efeitos negativos sobre a concorrência por meio de elevação e uniformização dos preços, até a adoção de condutas coordenadas entre os agentes econômicos que tenham objetivos de impor preços predeterminados ao mercado.

---

74-A SEPRAC é a sucessora da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) em matéria de advocacia da concorrência.

75-Nota Técnica SEI nº 4/2018/ASSEC/SEPRAC-MF.

Não é difícil concluir, nesse contexto, que o encarecimento (artificial) dos preços dos serviços, insumos e procedimentos médicos irá refletir diretamente sobre o valor dos planos de saúde. É intuitivo, também, que os beneficiários – principalmente aqueles com menor poder aquisitivo – serão os maiores prejudicados<sup>76-77</sup>.

---

76 - Este mesmo efeito sistêmico foi observado no caso da proposta de tabelamento de fretes, que surgiu no Brasil recentemente em função de uma grave crise de abastecimento causada pela greve dos caminhoneiros. A ideia de impor um preço mínimo surgiu como uma alternativa imediata para solucionar a demanda da classe profissional. O contexto dessa discussão tornou-se terreno fértil para análises econômicas profundas e bem fundamentadas, em que se alertou que o tabelamento de frete acarretaria um aumento de custos na cadeia produtiva, prejudicando as famílias de renda mais baixa da população. Confira-se o que foi consignado no Parecer nº 1, de 2018 do Congresso Nacional (disponível em: <<https://goo.gl/QGYXnT>>. Acesso em: 05.12.2018), que opinou pela rejeição da Medida Provisória nº 832/2018 que tratava de frete mínimo: *De qualquer modo, fica evidente que o tabelamento de frete acarreta aumento de custos na cadeia produtiva, a ser inevitavelmente repassado do setor produtivo ao mercado consumidor interno ou para as exportações brasileiras, que se tornariam menos competitivas no mercado internacional. O impacto do aumento do frete é mais expressivo quanto mais extensa a cadeia produtiva, pois o repasse tende a ocorrer em todos os seus elos, em efeito cascata.*

77 - Outra peculiaridade envolvendo os efeitos do tabelamento sobre o bem-estar social também foi apontada pela SEPRAC, segundo bem observou a Secretaria na Nota Técnica SEI nº 4/2018/ASSEC/SEPRAC-MF: *Como o paciente paga um valor mensal fixo à operadora – o qual, portanto, não varia em função do profissional contratado –, o paciente tem incentivos a buscar o profissional com melhor reputação – em geral, aquele cujos honorários pagos fora do plano são mais elevados. Como o segmento dos planos de saúde é um mercado de dois lados, embora honorários médicos mais elevados dentro da rede credenciada não afetem imediatamente o consumidor – que poderá consumir qualquer serviço credenciado pelo valor do pacote pago à operadora –, eles são decisivos para a estratégia empresarial da operadora. Isso ocorre porque, para atrair os seus clientes, a operadora precisa oferecer bons profissionais. Quanto maior a concorrência entre as operadoras de plano de saúde, maiores os incentivos a que a operadora inclua no seu portfolio hospitalares e profissionais de reputação. E quanto maior a reputação desses profissionais, maior o valor a ser cobrado para manter-se na rede credenciada. Caso essa majoração não seja diluída no valor de outros profissionais pertencentes à rede credenciada, maior será o valor do plano pago pelo paciente (do médico), ou consumidor final (do plano de saúde). Se, para atrair os profissionais de melhor reputação, os planos de saúde precisam oferecer honorários mais atrativos, é também verdade que não faria sentido estender esses honorários diferenciados para outros profissionais que não tenham esse mesmo diferencial para o mercado (pacientes e planos de saúde). Primeiro, porque as operadoras dificilmente teriam condições financeiras de estender os benefícios a todos os demais profissionais. Segundo, porque a uniformidade elimina, pela sua própria natureza,*

Nem se insista que a proposta suscitada na CATEC seria lícita porque o tabelamento de preços seria “meramente sugestivo”. É que os efeitos indesejados advindos da fixação de preço ocorrem mesmo quando o tabelamento não é cogente, como também já alertou a SEPRAC:

*É bastante comum o argumento de que as tabelas de preço podem ser meramente sugeridas aos associados. Segundo essa interpretação, somente a tabela de preços imposta seria ilícita. Em outras palavras, a tabela de preços sugerida seria per se legal. Trata-se de entendimento, apesar de corriqueiro, equivocado. A análise do tabelamento não pode ser simplesmente formal. Todo tabelamento tem, intuitivamente, o objetivo de influenciar, de algum modo, a decisão de precificação dos agentes econômicos. Caso não houvesse esse interesse, não haveria nenhuma razão para despender recursos no esforço de coletar informações, tratar os dados e publicar essa tabela. (...) Nesse sentido, a confecção de uma tabela, ou a publicidade dada a preços médios efetivamente praticados, como qualquer produto de uma entidade de classe, tem por escopo a sua utilização pelos associados e o exercício de influência sobre a atividade dos associados. Em alguns casos, ela é reclamada pelos profissionais como forma de reduzir a assimetria de preços de entrada no mercado; em outros casos, ela é utilizada para proteger os profissionais já estabelecidos – que conseguem fidelizar a clientela e cobrar preços mais altos – em detrimento dos profissionais entrantes, que deveriam contar mecanismos de mercado, como preços mais baixos, para atrair novos clientes.*

Os efeitos atrelados a preços não cogentes podem ser explicados pelo *efeito ancoragem*, que acontece quando os agentes econômicos, em um processo de tomada de decisão, revelam uma tendência de se basear de forma intensa (ou de se “ancorar”) em um valor divulgado inicialmente<sup>78</sup>. Não bastasse essa tendência de se “ancorar” – que

---

*o diferencial que o médico de maior reputação deseja receber em função do seu valor (comparável ao que a doutrina chama de killer application, dentro do universo dos pacotes de programação) para o plano de saúde.*

78 - O efeito ancoragem é ilustrado por Daniel Kahneman por meio de um experimento realizado com um grupo de corretores imobiliários: *Em um experimento conduzido há alguns anos, corretores imobiliários tinham uma oportunidade de estimar o valor de uma casa que estava de fato no mercado. Eles visitaram a casa e examinavam um folheto abrangente de informação compreendendo o preço pedido. Metade dos corretores viu um preço de venda que era substancialmente mais elevado do que o preço da casa listado; a outra metade viu um preço pedido substancialmente*

por si só revela riscos concorrenciais –, os preços sugeridos tendem a ser usados para coibir ações (já que os agentes adotam condutas coordenadas para impor preços “aconselhados”) e, em casos mais extremos, para impor penalidades<sup>79</sup>.

Ao lado do exposto, é importante consignar que outra grande distorção associada ao tabelamento diz respeito à falta de informações acerca da composição dos preços. Estudo elaborado pelo Insper<sup>80</sup> deu conta de que, no mercado de saúde, as tabelas de preço hoje existentes quanto a materiais e medicamentos (como SIMPRO<sup>81</sup> e BRASÍNDICE<sup>82</sup>), elaboradas por entidades privadas, carecem de transparência quanto à formação de seus valores referenciais. Tanto assim que, em muitos casos em que as tabelas eram efetivamente utilizadas para fins de cobrança, os gastos com procedimentos e insumos do hospital representavam, na verdade, parcela significativa do seu faturamento. Veja, neste sentido, alguns dos problemas identificados na utilização da tabela SIMPRO:

(...) o hospital cobra do plano usando a tabela SIMPRO mais

---

*mais baixo. Todos os corretores deram sua opinião sobre um preço de compra razoável para a casa e o preço mais baixo em que o corretor concordaria em vender a casa se fosse seu dono. Perguntou-se então aos corretores sobre os fatores que haveriam afetado seu parecer. Extraordinariamente, o preço pedido não foi um desses fatores; os agentes se orgulhavam de sua capacidade de ignorá-lo. Eles insistiam que o preço de venda não tinha efeito algum em suas respostas, mas estavam enganados: o efeito de ancoragem foi de 41%. Na verdade, os corretores eram quase tão suscetíveis aos efeitos de ancoragem quanto alunos de uma faculdade de administração sem qualquer experiência em negócios imobiliários, cuja ancoragem foi de 48%. A única diferença entre os dois grupos foi de que os estudantes reconheciam ter sido influenciados pela âncora, ao passo que os corretores negaram a influência.* KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar.* Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 135.

79 - A título de exemplo, a ANS, sem possuir informações completas sobre a negociação dos agentes, poderia utilizar as tabelas como referência para impor sanções no âmbito de Notificação de Intermediação Preliminar (“NIP”) de prestadores.

80 - AZEVEDO, Paulo Furquim de; et al. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas políticas.* Insper: São Paulo, Maio/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/vDLByQ>>. Acesso em: 02.12.2018.

81 - Tabela referente a preços de materiais hospitalares e medicamentos.

82 - Trata-se de um guia farmacêutico publicado por empresa especializada.

*uma margem (margem percentual em cima do valor da tabela) pelos serviços internos, tais como: estoque, esterilização, separação. Contudo, o valor de tabela não é o valor efetivamente pago pelo hospital ao fornecedor e cada hospital faz a sua negociação, pois o preço de lista é apenas referência de mercado. A adoção do modelo de conta aberta e adoção de tabelas de preços de referência máximos, como valores para a realização de cobranças são utilizadas no mercado, levou a um quadro em que parte significativa do faturamento dos hospitais decorre dos custos gerados pela própria instituição – assim, quanto maior o custo, maior o faturamento. As tabelas de preços divulgadas são referências de preços máximos ao mercado. Entretanto, são comumente utilizadas pelos hospitais como preço de cobrança da conta hospitalar. O custo do serviço, contudo, não é de conhecimento das OPS, exceto as que são verticalmente integradas. Segundo as entrevistas, os hospitais pressionariam os fornecedores/distribuidores para reduzirem os preços, mas depois cobram dos planos os preços de tabela.*

Em síntese, propostas em torno da adoção de tabelas de preços – ainda que meramente referenciais – apresentam as consequências nocivas graves apontadas no início desse capítulo: os preços praticados pelos prestadores de serviço (inclusive os novos entrantes, hospitais com infraestruturas inferiores, profissionais menos qualificados, etc.) tendem a se elevar e se uniformizar, gerando cobrança de valores supracompetitivos. Isso, além de encarecer os planos de saúde, cria barreiras à entrada de novas Operadoras, o que, ao fim e ao cabo, resulta em uma redução na quantidade de planos de saúde ofertados, além de favorecer a manutenção de agentes econômicos ineficientes no mercado.

À luz do princípio da proporcionalidade, fica evidente, portanto, que tais consequências negativas superariam – em muito – eventuais benefícios almejados, em contrariedade às funções institucionais da ANS.

#### **4.2. Propostas relativas à formalização por escrito e rescisão dos contratos firmados entre Operadoras e prestadores de serviço de saúde**

As temáticas suscitadas na CATEC relativamente à formalização e à rescisão dos contratos firmados entre Operadoras e prestadores demandam análise diferenciada. Isso porque, ao contrário dos pontos analisados acima, a competência regulatória da ANS, neste caso,

encontra fundamento específico nas normas trazidas pela Lei nº 13.003/2014 – especificamente, naquelas que tratam da obrigação de que os contratos firmados entre esses agentes sejam regulados por escrito, incluindo-se as obrigações e responsabilidades das partes em caso de rescisão<sup>83</sup>. Segundo a Consulente, embora a Agência não tenha especificado como pretende disciplinar o assunto, há indícios de que a Autarquia, ao identificar problemas de contratualização, buscaria editar normas mais rígidas dirigidas às OPSs com o objetivo de dar cumprimento à referida Lei.

Ocorre que, quanto à verificação da competência da ANS para fiscalizar o cumprimento desta específica obrigação legal, tal múnus não constitui uma autorização em branco. Ao contrário, ele deve ser exercido à luz dos critérios de proporcionalidade já definidos acima. Por isso, qualquer medida regulatória deverá ter por norte o espírito da Lei nº 13.003/2014 como base para que sejam criados os melhores incentivos às partes – diploma esse que, como se viu, buscou preservar o espaço da autonomia negocial dos contratantes. A necessidade de formalização dos contratos por escrito não é solenidade que se revele como um fim em si mesmo, mas, como se explicitou, como estratégia de indução ao diálogo entre as partes, em busca de relações equilibradas e de redução dos custos de transação no decorrer da execução dos contratos.

Sob essa ótica, qualquer proposta de recrudescimento das normas que disciplinam a atuação das OPSs deve levar em conta os efeitos potenciais a serem produzidos nos aspectos negociais entre as partes. Se isso não ocorrer, há o risco de um verdadeiro paradoxo regulatório<sup>84</sup>, em que, com o intuito de se fortalecer o cumprimento de obrigações *de meio* (formalização dos contratos), restem esvaziados os *fins* para os quais a norma foi editada (*i.e.*, o incremento do equilíbrio contratual a partir da justa negociação entre as partes).

Nesse contexto, destacam-se as novas regras da Lei de Introdução

---

83 - Nos termos do art. 17-A, caput e §2º, IV da Lei nº 9.656/1998, incluído pela Lei nº 13.003/2014.

84 - A expressão é de Cass Sunstein, segundo o qual, por vezes, o Estado regulador cria verdadeiros paradoxos, já que sua atuação produz resultados opostos àqueles pretendidos (v. SUNSTEIN, Cass. *Paradoxes of the regulatory state*, in The University of Chicago Law Review, vol. 57, n. 2, Administering the Administrative State, 1990, pp. 407-441).

às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42)<sup>85</sup>. Segundo elas, torna-se obrigatória a necessidade de avaliação quanto às consequências práticas de possível nova regulação, nos termos dos arts. 20 e 21<sup>86</sup>. É dizer: determinada proposição depende não só da análise de suas premissas, mas também do teste de suas consequências, numa típica análise pragmática<sup>87</sup>, a fim de que se possam avaliar quais efeitos sua adoção produzirá sobre a realidade. Por certo, o exame

---

85 - Conforme a exposição de motivos da Lei nº 13.655/2018, que introduziu novos dispositivos da LINDB, as mudanças buscam neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, assim entendidos como (i) o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; (ii) a relativa incerteza jurídica; (iii) a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; (iv) a dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, impulsionada pela ausência de consensualidade; (v) a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle; (vi) os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); (vii) o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.

86 - Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

87 - Sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, *econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, 55/56; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 110/122.

de uma medida que vise disciplinar determinado mercado deve levar em conta seus custos<sup>88</sup> e efeitos sistêmicos<sup>89</sup>, em uma avaliação de diagnósticos e prognósticos<sup>90</sup>. Exige-se, assim, um arranjo que seja racional e idôneo, tendo em vista os impactos que esse modelo potencialmente pode produzir, a fim de evitar que os seus efeitos conduzam a resultados adversos aos esperados e, portanto, paradoxais e indesejados.

É preciso que a ANS, portanto, analise os efeitos de suas propostas de forma ampla. Sua atuação, ainda que baseada em competências atribuídas pela Lei nº 13.003/2014, deve ter como objetivo último a criação dos incentivos corretos aos agentes econômicos. E, para tanto, no caso específico sob análise, há inúmeros fatores que devem ser levados em consideração.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a Lei nº 13.003/2014 impõe uma obrigação que depende da manifestação de vontade de dois agentes distintos (OPS e prestador de serviço de saúde). E nem sempre serão as OPSs aquelas responsáveis (ou únicas responsáveis) pela não formalização. Por este ângulo, um resultado esperado de uma regulação formulada com visão estreita do mercado é o incentivo para comportamentos oportunistas dos prestadores que, como forma de elevar o seu poder de barganha, podem se utilizar de

---

88 - V. CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 281. V. CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 281.

89 - Conforme já defendi: *[a] análise dos efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões por legisladores, administradores e juízes deve pautar qualquer interferência do poder de polícia sobre a liberdade e a propriedade, de modo a assegurar a fidedignidade entre os objetivos pretendidos, a interpretação adotada e os resultados produzidos.* (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66).

90 - MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos. V, ainda, BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos* in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 997-1018.

potenciais denúncias à ANS para garantir condições contratuais em seu exclusivo benefício<sup>91</sup>.

Outra peculiaridade relacionada à competência regulatória da Agência – que, a despeito de atuar em um mercado multilateral, exerce seu poder de polícia voltado preponderantemente às OPSs – refere-se à dificuldade da Autarquia em obter acesso às informações de atuação e conduta dos prestadores de serviço. Com efeito, por possuir competência fiscalizatória e sancionatória ampla sobre as seguradoras de saúde, a Autarquia possui variadas ferramentas para impor a esses agentes o fornecimento de dados, a prestação de esclarecimentos e a apresentação de documentos (até mesmo sigilosos). O acesso a essas informações advém não só de um poder de coação, mas também da própria atividade ordinária da Agência Reguladora, que, desde a sua criação, vem recolhendo e armazenando conhecimentos relativos aos planos de saúde.

A mesma possibilidade, contudo, não se aplica aos prestadores de serviço. Além de esses agentes não representarem o ponto focal da Agência, são muito mais numerosos e pulverizados por toda a extensão territorial. Ou seja: tanto a competência regulatória quanto o acesso a informações relevantes relacionam-se, ao final, marcadamente a apenas um grupo de agentes econômicos – as Operadoras.

---

91-Para ilustrar este ponto, vale mencionar que, em 2015, o CADE já havia identificado condutas coordenadas dos prestadores de serviço de saúde em sua relação com as OPSs, que foram entendidas como formação de cartel. Segundo o levantamento elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE houve, no período compreendido entre junho de 1996 e maio de 2015, diversas condenações de prestadores de serviços de saúde no âmbito do órgão de defesa da concorrência, especialmente nos movimentos que buscavam impor condições abusivas de contratação. Conforme narrado pelo DEE-CADE, algumas das estratégias adotadas coletivamente pela classe médica e consideradas abusivas foram: (i) coerção dos médicos não aderentes à tabela ou ao seu movimento de negociação conjunta; e (ii) recusas de negociação desproporcionais como paralisações com tempo indeterminado para forçar a negociação de tabelas de preço ou ameaça de descredenciamento em massa. Este levantamento realizado pelo CADE – além de ilustrar um dos efeitos nocivos atrelados à edição de tabelas de preço de remuneração (conforme visto no capítulo acima) – serve de exemplo para demonstrar como algumas distorções regulatórias levam a esse tipo de comportamento. Para mais informações, confira-se em <https://goo.gl/gTQmNV&gt;>; Acesso em: 02.12.2018.

Ocorre que, para que uma análise de consequência seja efetivamente realizada, é essencial que a entidade regulatória possa ter acesso a todos os dados necessários para tomar uma decisão bem informada, com o respaldo empírico suficiente para evitar a ocorrência de falhas regulatórias. Como destacado pela doutrina, a limitação da liberdade das partes de contratar pode gerar distorções econômicas ineficientes, *uma vez que o Estado, ao desempenhar a função de planejador central não possui, em regra, informações completas acerca das preferências dos consumidores, ou das estruturas de custo dos produtores*<sup>92</sup>.

O resultado disso, como é possível perceber, é que, na tentativa de solucionar uma alegada falha de mercado, a Agência pode acabar gerando um grave desequilíbrio advindo de uma falha regulatória. A título de exemplo, se a ANS decidir impor mecanismos ainda mais severos para repreender OPSs que não se adequem à Lei nº 13.003/2014 (ainda que o descumprimento ocorra por motivos que fujam à sua ingerência, por se tratar de ato que depende da cooperação de dois agentes), haverá reflexos nos planos de saúde. Conforme apontado pelo Insper<sup>93</sup>, em casos como esse, *a regulação, embora bem-intencionada, não resolve a falha de mercado, mas apenas penaliza parte dos agentes envolvidos na transação.*

Por todos esses fatores, as pretensões da ANS, nessa temática da contratualização, podem levar a uma situação paradoxal: as Operadoras, ao se depararem com dificuldades de formalização de contratos atribuídas aos prestadores de serviço, deverão optar entre serem punidas por não formalizarem os contratos ou firmá-los de forma açodada, sem reflexão e sem a devida negociação das obrigações contrapostas. E essa, por certo, não é a finalidade da Lei nº 13.003/2014.

Em síntese, há um risco real de que as propostas da CATEC de *revisão e aprimoramento* da regulação relativa à formalização e rescisão desses contratos criem novas distorções por força de uma

---

92-PORTO, Antonio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. *Economia comportamental e contratos de adesão*. Revista de Direito Empresarial – RDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, jan./abr. 2012, p. 5173.

93-AZEVEDO, Paulo Furquim de; et al. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas políticas*. Insper: São Paulo, Maio/2016. Disponível em: < <https://goo.gl/vDLByQ> >. Último acesso em: 02.12.2018.

(inevitável) dificuldade da ANS de obter acesso a informações que lhe proporcionem uma visão ampla do mercado, bem como de identificar as reais consequências de suas pretensões regulatórias. Nos termos da doutrina especializada, a regulação mais pesada, em muitos casos, pode gerar menos proteção<sup>94</sup>.

Logo, é essencial que a Agência se guie por uma visão ampla e informada das peculiaridades das relações travadas no mercado de saúde suplementar. O objetivo a ser perseguido deve ser o de criar os incentivos corretos para motivar os agentes econômicos a adotar condutas desejáveis na fase pré-contratual, diminuindo os custos de transação no decorrer da execução dos ajustes. E, para que isso seja possível, ela deve se atentar aos riscos de que, na tentativa criar mais regras para o cumprimento da obrigação de formalização dos contratos (e de suas rescisões), acabe por criar falhas de regulação ainda mais nocivas aos beneficiários e ao equilíbrio do sistema de saúde suplementar.

---

94-Confira-se: *A quarta falha na concepção da norma regulatória proposta por Sunstein são os efeitos sistêmicos e consequências imprevistas. Trata-se da dificuldade do regulador em compreender as reais consequências da regulação, que podem incluir desde a erasão dos agentes regulados (fuga regulatória) até efeitos perversos não previstos anteriormente à elaboração da norma. Em algumas situações, inclusive, uma regulação mais pesada pode gerar menos proteção, resumida na expressão em inglês overregulation produces underregulation. Em suma, modelos regulatórios que exijam parâmetros excessivamente pesados aos regulados, paradoxalmente, podem produzir subregulação. (...) Um exemplo de legislação brasileira que não realizou um prognóstico adequado da situação e não previu os efeitos sistêmicos de suas disposições foi a Lei fluminense nº 5.862/2011. Em seu art. 2º, a lei previu a redação de cobrança mínima de horas não utilizadas como condição de entrada nos estacionamentos. A finalidade da norma era proteger o consumidor da cobrança de valores abusivos e principalmente impedir que fossem exigidas frações de hora sem que o motorista tenha efetivamente utilizado o serviço, como nos casos em que o consumidor paga um valor mínimo independentemente da quantidade de minutos de permanência no local (...). Entretanto, a lei provocou um aumento generalizado nas tarifas dos estacionamentos do Rio de Janeiro, uma vez que a conduta vedada auxiliava as empresas a equacionar a utilização do serviço por clientes de perfis diferentes e, com isso, influenciava na precificação das tarifas cobradas pelo estacionamento.”* SANTOS, Estevão Gomes Corrêa dos. *A relação entre mercados e governos à luz da teoria das falhas de regulação*. In: ARAGÃO, Alexandre S.; PEREIRA, Carolina M.; LISBOA, Letícia L. A. (Coords.). Regulação e infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 201.

## 5. CONCLUSÕES E RESPOSTA AOS QUESITOS

Diante do exposto, é possível responder, de maneira sintética, a cada uma das indagações da Consulente da seguinte forma:

*(i) A ANS possui competência legal para regular, de forma ampla e genérica, as relações contratuais entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços?*

*Não.* A análise a respeito das competências da ANS deve partir dos dispositivos legais que as disciplinam. Tais normas, sob a ótica da interpretação sistemática e teleológica, indicam que a agência não é dotada de competência legal para se imiscuir nos detalhes e nas questões estratégicas inerentes à relação comercial que se desenvolve entre Operadoras e prestadores de serviço, nem para interferir no acordo de vontades que estabelece vantagens recíprocas entre as partes.

A leitura combinada dos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.961/2000 torna claro que o legislador teve por foco regular, preponderantemente, as Operadoras, e só de maneira excepcional permitiu que a Agência regulasse as relações que se desenvolvem com os prestadores de serviço. Não há previsão legal que permita à Agência interferir de forma abrangente nessas relações. Até mesmo porque a missão institucional da ANS está ligada ao equilíbrio do sistema de saúde suplementar e à garantia de um serviço adequado ao consumidor final. Ademais, nesses casos, as competências da agência se voltam à regulação de relações marcadas por típica hipossuficiência (dos consumidores/beneficiários), que não é a lógica nos negócios celebrados entre OPSs e prestadores de serviços. Daí porque a interpretação dessas competências deve ser realizada de forma restritiva.

Acrescente-se que o art. 17-A da Lei nº 9.656/98, inserido pela Lei nº 13.003/14, não alterou tal cenário, permitindo que a ANS regule apenas aspectos bastante pontuais da relação mantida entre Operadoras e prestadores de serviços. Além disso, mesmo em tais aspectos, somente foi permitida a atuação da Agência em caráter subsidiário, quando da impossibilidade de acordo entre as partes. Isso ratifica o caráter eminentemente privado da relação, baseado na autonomia da vontade dos contratantes.

*(ii) As medidas suscitadas (ou indicadas) mediante a criação da CATEC são compatíveis com os objetivos institucionais da ANS e com a natureza privada e paritária da relação estabelecida entre as OPSs e os prestadores de serviço?*

*Não.* Além do *elemento formal* (ausência de competência ampla para regular os contratos entre OPSs e prestadores de serviço), o exercício do poder regulatório da ANS deve ser encarado, do ponto de vista *material*, a partir dos seus objetivos institucionais e do objeto da regulação. A ANS regula relações eminentemente privadas que, ainda que de interesse público, não estão sujeitas à *publicatio*. Além disso, essa regulação recai sobre um setor marcado pela heterogeneidade dos serviços regulados e pela pluralidade de atores que nele interagem. E, nesse contexto, o legislador teve por fim precípua, ao criar a Agência, assegurar o equilíbrio e a sustentabilidade do mercado de saúde suplementar, com especial atenção à tutela dos interesses do beneficiário de planos de saúde, dada a vulnerabilidade ínsita à sua condição de consumidor.

No caso em exame, tratando-se de aspectos da relação contratual – privada e eminentemente paritária – entre OPSs e prestadores de serviços, a regulação deverá ser naturalmente mais branda e guiada por critérios de proporcionalidade e subsidiariedade. Nesses casos, as partes privadas possuem maior capacidade de distribuir eficientemente seus recursos e riscos, a partir de uma troca equilibrada e dialógica de encargos e contraprestações. A relação entre OPSs e prestadores de serviços não é dotada de desequilíbrio estrutural que legitime uma ingerência ampla da agência reguladora.

As conclusões aqui expostas, aliás, foram referendadas pela Lei nº 13.003/2014, que optou pela prevalência da via negocial entre as OPSs e os prestadores de serviços como forma de compor o equilíbrio do sistema de saúde suplementar. O art. 17-A prevê que o instrumento contratual será aquele responsável pela regulação das condições de prestação de serviços. Ao delimitar suas cláusulas essenciais, o legislador adotou formas indutivas de diálogo entre as partes em busca de relações equilibradas e de redução dos custos de transação no decorrer da execução dos contratos. A nova previsão legal, portanto, privilegiou justamente a autonomia da vontade entre as partes, limitando o escopo de atuação da ANS.

*(iii) A previsão de glosas e de remuneração por pacotes de procedimentos nas relações contratuais entre as OPSs e as prestadoras de serviços é compatível com a Lei nº 13.003/2014 e a natureza privada e paritária desta relação? Eventuais distorções em casos concretos legitimam a edição de normas de conteúdo geral e abstrato?*

A primeira pergunta deve ser respondida *afirmativamente*. Já a segunda pergunta, *de forma negativa*.

Com efeito, do ponto de vista jurídico, acertos em torno de glosas e de remuneração por pacotes de procedimentos estão amparados pela *autonomia contratual* conferida às partes dentro das possibilidades conferidas a elas pela Lei nº 13.003/2014. No exercício da autonomia privada, é plenamente legítimo que as partes aloquem seus riscos de forma dialógica e negocial, de forma a encontrar soluções privadas que atendam aos objetivos de equilíbrio do sistema. E, uma vez estabelecidas tais medidas no conteúdo do contrato, seu cumprimento decorre da comutatividade e de seu caráter sinalagmático. Já do ponto de vista econômico, tais medidas são importantes para evitar um típico “problema de agência”, a ser solucionado a partir da criação de incentivos no contrato para evitar a seleção adversa, o perigo moral e comportamentos oportunistas das contrapartes.

Não se deve desconsiderar que, na prática, eventuais distorções podem ocorrer no âmbito dessas relações privadas. No entanto, o caminho tendencialmente sugerido pela CATEC – *i.e.*, de uma regulação pela Agência, de caráter geral e abstrato, sobre aspectos eminentemente negociais – *não* encontra respaldo jurídico que o legitime. Nesse ponto, é necessário reafirmar que a ANS não possui um poder regulatório amplo e irrestrito para criar restrições ao poder negocial das partes em delimitar o conteúdo dos ajustes a serem firmados. De mais a mais, não se está diante de uma relação em que o desequilíbrio se presume, apta a atrair um dever estatal de reestabelecer a paridade entre as partes por meio do estreitamento da autonomia da vontade entre elas de forma genérica. Nesse sentido, caberá à ANS atuar para corrigir as eventuais distorções identificadas nas relações entre OPSs e prestadores somente em *casos concretos*, e apenas com vistas a atender a objetivos institucionais legítimos a ela atribuídos pelo ordenamento.

*(iv) A utilização de tabelas de referência é medida legítima para diminuir supostas assimetrias de informação entre agentes do mercado? Que efeitos adversos são vislumbrados com essa medida?*

*Não.* A relação entre as OPSs e os prestadores de serviço é de natureza estritamente privada e paritária. Deste modo, a regulação de preços por meio de tabelamento – em hipótese em que essa variável deve ser livre – apresenta muitos efeitos nocivos que devem ser analisados com seriedade.

Conforme já observado por órgãos especializados na defesa da concorrência, a experiência do mercado de saúde suplementar já foi capaz de comprovar os efeitos negativos de tabelas de remuneração de medicamentos, serviços e insumos médicos. Como apontado pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda – SEPRAC, os problemas atrelados ao tabelamento vão desde efeitos negativos sobre a concorrência em função da elevação e uniformização dos preços, até a adoção de condutas coordenadas entre os agentes econômicos, com o objetivo de impor valores predeterminados ao mercado. Demonstrou-se, além disso, que todos esses riscos não são afastados nas hipóteses em que o tabelamento de preços seja *meramente sugestivo*.

Com base nessa análise, foi possível concluir que prestadores de serviço (inclusive os novos entrantes, como hospitais com infraestruturas inferiores e profissionais menos experientes) tenderão a praticar valores supracompetitivos. Isso, além de encarecer os planos de saúde, cria barreiras à entrada de novas Operadoras, o que, ao final, resulta em uma redução na quantidade de planos de saúde ofertados, incentivando a permanência de agentes econômicos inefficientes no mercado. Ao fim e ao cabo, os maiores prejudicados são os consumidores finais.

*(v) Embora a ANS seja competente para fiscalizar a obrigação de formalização dos contratos (e suas rescisões), quais preocupações devem ser levadas em conta caso se pretenda ampliar as regras para o cumprimento da obrigação prevista na Lei nº 13.003/2014?*

Conquanto haja a competência da ANS para fiscalizar o cumprimento de formalização por escrito dos contratos, tal múnus deve ser exercido à luz do elemento *material* que legitima sua atuação. Assim, embora o objetivo de tornar efetiva a obrigação legal de formalização dos contratos seja compatível com o ordenamento, as respostas regulatórias a serem dadas pela ANS deverão observar os critérios de proporcionalidade. Em outros termos, qualquer medida regulatória deverá ter por norte o espírito da Lei nº 13.003/2014 como base para que sejam criados os melhores incentivos às partes. *In casu*, o cumprimento de *obrigações de meio* (formalização dos contratos) não pode se prestar a afastar totalmente os *fins* para os quais a norma foi editada (*i.e.*, equilíbrio contratual a partir da justa negociação entre as partes).

Daí porque é obrigatória a necessidade de avaliação das

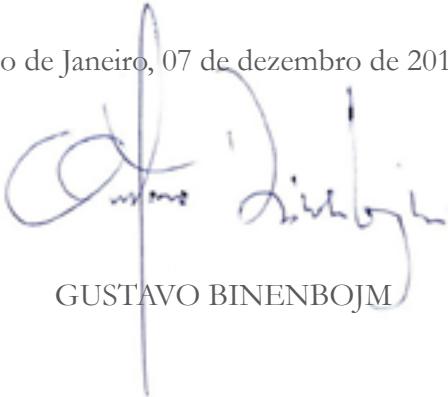
consequências práticas de qualquer proposta de recrudescimento da regulação (como, inclusive, indicam as novas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Até mesmo porque, em muitos casos, na tentativa de resolver uma alegada deficiência do mercado, o ente regulador pode acabar gerando um grave desequilíbrio advindo de uma falha regulatória.

Especificamente no que tange às obrigações de formalização dos contratos (e suas rescisões), observa-se que a competência regulatória, fiscalizatória e sancionatória da ANS é marcada por seu viés unilateral. Conforme demonstrado, disso podem decorrer diversas distorções, dentre as quais *(i)* a criação de incentivos para comportamentos oportunistas dos prestadores que, como forma de elevar o seu poder de barganha, podem se utilizar de potenciais denúncias à ANS para garantir condições contratuais a ser exclusivo favor; *(ii)* os reflexos que eventuais mecanismos mais duros possam ter sobre os planos de saúde; *(iii)* a celebração de contratos de forma açodada e irrefletida com o objetivo de se esquivar das sanções.

Diante do exposto, é fundamental que a ANS possua uma visão ampla das peculiaridades das relações travadas no mercado de saúde suplementar. O objetivo a ser perseguido deve ser o de criar os incentivos corretos para motivar os agentes econômicos a adotar condutas desejáveis. E, para que isso seja possível, a Agência deve se atentar aos riscos de que, na tentativa criar mais regras para o cumprimento da obrigação de formalização dos contratos (e de suas rescisões), acabe por criar falhas de regulação ainda mais nocivas aos beneficiários e ao equilíbrio do sistema de saúde suplementar.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 2018.



GUSTAVO BINENBOJM

A 899	Taipei	20:05	C1 642	Taipei	20:05
A 895	Singapore	20:05	A 895	Singapore	20:05
A 894	Medan	20:10	Z 7431	Medan	20:10
O 304	Beijing	20:15	O 304	Beijing	20:15
A 896	ShanghaiPVG	20:25	A 896	ShanghaiPVG	20:25
K 696	Singapore	20:30	K 696	Singapore	20:30
B 894	Brisbane	20:30	B 894	Brisbane	20:30
R 2965	Singapore	20:35	R 2965	Singapore	20:35
Z 3090	Nanning	20:40	Z 3090	Nanning	20:40
A 899	Ho Chi Minh	20:40	A 899	Ho Chi Minh	20:40
A 899	Taichung	20:40	O 192	Taichung	20:40
A 899	Manila	20:45	A 899	Manila	20:45
A 899	Xiamen	20:45	A 899	Xiamen	20:45
G 697	Bangkok	20:45	G 697	Bangkok	20:45
D 3862	Bangkok	20:50	D 3862	Bangkok	20:50
A 894	Guangzhou	20:55	A 894	Guangzhou	20:55
A 894	Sydney	20:55	A 894	Sydney	20:55
A 894	Taipei	21:00	A 894	Taipei	21:00
A 894	Taipei	21:00	A 894	Taipei	21:00
A 894	Kuala Lumpur	21:00	A 894	Kuala Lumpur	21:00
A 894	Singapore	21:00	A 894	Singapore	21:00

21:10	ShanghaiPVG
21:20	ShanghaiPVG
21:25	Hangzhou
21:30	Taipei
21:30	Sydney
21:40	Kuching
21:40	Clark
21:40	Xiamen
21:50	Manila
21:50	Manila
21:55	Manila
21:55	Kuching
22:00	Manila
22:10	Bangkok
22:15	Taipei
22:15	Tel Aviv
22:20	Taipei
22:25	ShanghaiPVG
22:25	ShanghaiPVG
22:40	ShanghaiPVG
22:45	ShanghaiPVG
22:45	ShanghaiPVG
22:50	ShanghaiPVG



23:00	Amsterdam	20:05	CI 642	Taipei
23:05	Paris	20:05	A 885	Singapore
23:05	Abu Dhabi	20:10	Z 7431	Medan
22:15	LondonUHR	20:15	O 304	Beijing
22:15	Zurich	20:25	J 660*	
23:25	LondonUHR	20:30	M 644	Shanghai/PVG
23:30	Munich	20:30	K 696	Singapore
23:35	Adelaide	20:30	W 100	Brisbane
23:40	Paris	20:35	R 2065	Singapore
23:40	Brasilia	20:40	Z 3000	Nanning
23:40	Los Angeles	20:40	A 889	Ho Chi Minh
23:45	LondonUHR	20:40	V 1000	
23:45	Paris	20:40	O 192	Taichung
23:45	Johnsbourg	20:45	A 889	Mumbai
23:50	Johnsbourg	20:45	Y 100	Xiamen
23:55	Sydney	20:45	G 697	Bangkok
23:55	LondonUHR	20:50	D 3862	Bangkok
23:55	Paris	20:55	J 100	Guangzhou
00:05	Paris	20:55	E 694	Sydney
00:15	Amsterdam	21:00	R 658	Taipei
00:25		21:00	A 488	Taipei
00:30		21:05	K 679	Kuala Lumpur
00:30		21:05	X 107	Australia

INTERNACIONAL

# Ley de Seguros n° 19.678

## Síntesis de aspectos novedosos y destacables

**Andrea Signorino Barbat\***

**Resumen** – Este artículo detalla las modificaciones introducidas por la Ley 19.678, que actualiza la legislación uruguaya sobre seguros. Su aplicación y entrada en vigencia fueron inmediatas, desde noviembre de 2018, sin prever un período de carencia para la adaptación. Entre otros aspectos el contrato de seguro pasa a ser consensual, con plazos para que el asegurado se pronuncie, establece plazos para denuncia del siniestro, para liquidación de daño y pago, y trae disposiciones precisas sobre el agravamiento de riesgo; se modifican los plazos de prescripción diferenciados para seguros de daños y para personas. A su vez trae novedades en materia de seguros de responsabilidad civil, agrícolas y establece un Registro de Seguros de Vida.

**Palabras clave** – contrato de seguro, póliza, intermediario, prescripción, reaseguros, base de datos

**Sumario** – 1- Introducción; 2- Estructura de la ley; 3- Principales novedades 3.1- Naturaleza y alcance de la Ley; 3.2- Definición del contrato de seguro; 3.3- Perfeccionamiento del contrato; 3.4- Contenido de la póliza.

---

\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrado en Gerencia y Habilidades gerenciales, Universidad ORT y de la Empresa. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Secretaria General de AIDA- Mundial (*Association Internationale de Droit des Assurances*), Secretaria académica internacional AIDA- Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en AIDA Ibero Latinoamérica, Vicepresidente Grupo internacional Principios generales del contrato de seguros en AIDA Mundial. Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo. Profesora de grado y postgrado en seguros en Universidad de Buenos Aires, UNISINOS de Brasil, Pontificia Católica de Chile, Universidad Javeriana de Colombia, Universidad Católica del Uruguay, Universidad de Salamanca, España. Profesora y Directora académica postgrado Diploma en Derecho de seguros de doble certificación, en Universidad de Montevideo. Asesora legal y técnica, experta en seguros y reaseguros. [asignorino@netgate.com.uy](mailto:asignorino@netgate.com.uy) - [www.andreasignorino.com.uy](http://www.andreasignorino.com.uy)

Mención al intermediario; 3.5- Entrega de la póliza. Plazos y medios; 3.6- Renovación automática o prórroga del seguro; 3.7- Pluralidad de seguros; 3.8- Rescisión del contrato; 3.9- Agravamiento del riesgo; 3.10- Plazos para denuncia del siniestro y otros; 3.11- Prescripción. Registro de Seguros de Vida; 3.12- Disposiciones sobre ramas y tipos de seguros; 4- Otras disposiciones; 4.1- Reaseguros (capítulo IV); 4.2- Reglas de derecho internacional privado (capítulo V); 4.3- Denominación de empresas de seguros (capítulo VI); 4.4- Temas técnicos (capítulos VII y IX); 4.5- Seguro Obligatorio automotor – SOA (capítulo VIII); 4.6- Base de datos; 4.7- Derogaciones y sustituciones. Reserva de mercado (capítulo IX); 4.8- Disposiciones transitorias (capítulo XII)

## 1 - Introducción

Preliminarmente, cabe decir que en la República Oriental del Uruguay, el 8 de noviembre, se publicó en el Diario oficial la Ley 19.678 que actualiza nuestra legislación sobre seguros<sup>1</sup>.

La nueva ley refiere no solamente al contrato de seguros sino también a otros aspectos relacionados con la materia y el mercado asegurador. Se trata de una Ley especial sobre seguros, que moderniza las disposiciones que sobre éstos contiene nuestro antiguo pero sabio Código de Comercio de 1865.

La mencionada Ley, publicada como “Aprobación de modificaciones en el marco legal del mercado de seguros”, constituye un verdadero hito en el país, pues sin dudas contiene novedades que tendrán un impacto importante en el contrato de seguros y en el mercado asegurador uruguayo.

Por un lado, los aseguradores deberán prestar atención a las cláusulas contractuales, incluidas en las pólizas, cuando se trate de contratos de seguros a celebrar luego de la entrada en vigencia de la ley o las renovaciones posteriores a dicha fecha.

Esto pues la Ley no prevé un período de carencia de vigencia para la adaptación paulatina del mercado de seguros a sus disposiciones, como suelen prever las leyes de este tipo que producen eventuales cambios en las cláusulas contractuales. Su aplicación es inmediata, ya entrada en vigencia.

---

1 - Estaría vigente pues, desde el 19 de noviembre de 2018

Este aspecto es importante pues la Ley es de orden público, es decir que no pueden pactarse cláusulas que contradigan o modifiquen lo que la ley estipula, salvo cuando la propia ley habilita al pacto en contrario o cuando se trate de cláusulas más beneficiosas para el asegurado.

Por supuesto, para pactar en contrario, o mejor dicho pactar en forma diferente a lo estipulado en la ley, deberá tenerse en cuenta el principio de buena fe, tan valorado en el contrato de seguros, y no vulnerar derechos de los asegurados.

La Ley trae novedades y cambios con respecto a la legislación anterior contenida en el Código de Comercio, e incluso con respecto a ciertas condiciones de póliza actuales.

Por solo mencionar algunos de estos cambios o novedades, el contrato de seguros pasa de ser solemne a consensual, existiendo plazos para que el asegurado se pronuncie sobre si las condiciones de póliza se ajustan a los términos de la solicitud aceptada; se establecen plazos para la denuncia del siniestro, la liquidación del daño y el pago del siniestro; la ley trae disposiciones precisas sobre el agravamiento del riesgo y sus consecuencias existiendo o no siniestro; se modifican los plazos de prescripción, siendo ahora diferentes en seguros de daños y para personas; existen condiciones específicas para ciertas ramas de seguros, regulándose los seguros de responsabilidad civil, y en nueva forma los agrícolas; se establece un Registro de Seguros de Vida, que supone nuevos deberes de información en cabeza del asegurador.

Esto entre otras muchas novedades, sin pensar que además deberán reglamentarse varios aspectos legales.

Del lado del asegurado, este contará con un marco jurídico protector, que no puede ser vulnerado por las condiciones contractuales. Asimismo, la ley le impone obligaciones y cargas que debe cumplir.

En suma, con la ley en vigencia, comienza una nueva era para el contrato de seguros y para la actividad aseguradora en Uruguay. Es de esperar que esto sirva para dinamizar el mercado y asimismo expandir la tan necesaria cultura aseguradora entre nuestra población.

## **2 - Estructura de la ley**

La Ley cuenta con 135 artículos, distribuidos en los siguientes Capítulos y Secciones:

### **CAPÍTULO I - DEL CONTRATO DE SEGUROS**

Sección I Disposiciones Generales

Sección II Del riesgo

Sección III De la póliza

Sección IV Obligaciones de las partes

Sección V Del siniestro

Sección VI Del incumplimiento

Sección VII De la prescripción

### **CAPÍTULO II - SEGUROS DE DAÑOS PATRIMONIALES**

Sección I Disposiciones Generales

Sección II Seguros de incendios

Sección III Seguros de Responsabilidad Civil

Sección IV Seguros de hurto

Sección V Seguros de transporte

Sección VI Seguros de riesgo agrícola

### **CAPÍTULO III - SEGUROS PARA LAS PERSONAS**

### **CAPÍTULO IV - REASEGUROS**

### **CAPÍTULO V - REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **CAPÍTULO VI - DENOMINACIÓN DE EMPRESAS DE SEGUROS**

## CAPÍTULO VII - ACTIVOS Y RESERVAS EN MATERIA DE OBLIGACIONES PREVISIONALES

## CAPÍTULO VIII - SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMOTORES

## CAPÍTULO IX - SEGUROS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

## CAPÍTULO X - BASE DE DATOS DE SEGUROS

## CAPÍTULO X - DEROGACIONES Y SUSTITUCIONES

## CAPÍTULO XII - DISPOSICIONES TRANSITORIAS

En el aspecto estructural, cabe destacar que la Ley presenta dos partes bien diferenciadas: hasta el capítulo V inclusive trata aspectos relacionados directamente al contrato de seguros; del capítulo VI en adelante trata aspectos que tocan otros puntos relacionados al seguro, a la actividad aseguradora.

Esto posiblemente aprovechando la ocasión de legislar sobre temas de seguros, lo cual no ocurre a menudo. La última ley integral sobre la temática aseguradora es de finales de octubre del año 1993, en ocasión de la sanción de la Ley N° 16.426 sobre desmonopolización del mercado de seguros. Luego cabe destacar algunas leyes especiales, como la de seguro obligatorio automotor de 2008.

### 3 - Principales novedades

#### 3.1 - Naturaleza y alcance de la Ley

El Capítulo I “Del contrato de seguros” contiene las disposiciones generales aplicables a todas las ramas de seguros.

En él, el artículo 1 trae novedades importantes.

***Artículo 1° (Naturaleza y alcance).** La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las distintas modalidades del contrato de seguro, sin perjuicio de la aplicación de las leyes especiales que rijan seguros específicos, así como de las disposiciones de la ley N° 17.250, de 11 de agosto del 2002, toda vez que el contrato implique una relación de consumo, en lo no previsto expresamente en la presente ley. Sin perjuicio de la naturaleza de esta ley, serán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado.*

Como dijimos, la ley es de orden público: es decir que el principio es que no pueden pactarse cláusulas que contradigan o modifiquen lo que la ley estipula.

Y esto es importante, pues deberán adaptarse las pólizas a las condiciones legales.

Las condiciones de pólizas, muchas veces amparadas en la autonomía de la voluntad, o sea en la posibilidad de pactar en forma diferente a lo que el Código estipulaba - pues el Código en lo que a seguros refiere no es de orden público, como lo es la actual ley -, solían contener disposiciones diferentes a la legislación contenida en el Código.

Esto no será posible ahora pues, como dije, la ley 19.678 es de orden público, salvo cuando la propia ley permite el pacto en contrario o cuando se pacten condiciones más beneficiosas para el asegurado, aspecto que no siempre será fácil de dilucidar.

Por ejemplo, si la ley prevé un plazo de dos años de prescripción para seguros generales, o sea dos años para poder reclamar contados desde la aceptación o rechazo del siniestro, y en la póliza se pactan tres años, esto en apariencia parece más beneficioso para el asegurado y podría colocarse en las pólizas.

Pero si pensamos que dicho plazo también favorece al asegurador, pues también tendrá tres años para reclamar, por ejemplo si constata que existió un fraude y pagó mal el siniestro; finalmente esta ampliación del plazo, ¿es a favor de asegurado? ¿O es a favor de ambas partes? ¿Podrá entonces, pactarse? Como vemos, no va a ser fácil saber cuándo alguna cláusula es más beneficiosa para el asegurado y, por ello, puede “pactarse” en el contrato.

El otro aspecto destacable de este artículo 1 es que prevé la aplicación de la Ley de protección al consumidor cuando el contrato de seguros implique una relación de consumo.

Esto es importante pues la ley está estableciendo dos tipos de contrato de seguros, uno de consumo y otro de no consumo. Y esto significa que no siempre al contrato de seguros se le deberá aplicar la Ley de defensa al consumidor.

¿Cuándo se le deberá aplicar? Cuando el asegurado sea un consumidor, lo cual a la luz de la ley 17.250 será cuando el asegurado

sea el “destinatario final” de la cobertura del seguro, o sea cuando lo aproveche para sí, en su beneficio, y no lo integre a un proceso de transformación o producción o comercialización.

Incluso un mismo asegurado puede ser o no consumidor o destinatario final, frente a distintas coberturas de seguros. Por ejemplo: un fabricante de volantes de autos deportivos, para exportar, será consumidor en su seguro de incendio de la fábrica, pues podría utilizarla con otro fines; pero no lo será en su seguro sobre la materia prima, pues contrata ese seguro para proteger la materia base de la mercadería que exporta; o sobre el seguro de vida que contrata en beneficio de su personal, pues no es el destinatario final del beneficio de dicho seguro.

Asimismo, la ley de protección al consumidor se aplicará en todo lo no previsto en la ley de seguros, que es una ley especial, frente a la ley general del consumidor.

### **3.2 - Definición del contrato de seguro**

El artículo 2 de la Ley 19.678 también es importante pues aporta una definición amplia del contrato de seguros.

El texto del artículo es el siguiente:

***Artículo 2º (Contrato de seguro. Definición).** El contrato de seguro es aquel por el cual una parte, el asegurador, se obliga mediante el cobro de un premio, a resarcir al tomador, al asegurado, al beneficiario o a un tercero, dentro de los límites pactados, los daños, pérdidas o la privación de un lucro esperado, o a pagar un capital, servir una renta o cumplir otras prestaciones convenidas entre las partes, para el caso de ocurrencia del evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura.*

*La prima es la prestación del tomador o asegurado. El premio incluye la prima más los impuestos, tasas y demás recargos.*

En el contenido del artículo se abarcan distintas modalidades de prestaciones que pueden estar a cargo del asegurador en caso de acaecer el riesgo cubierto.

Es común pensar que el seguro solamente tiene como contraprestación de parte del asegurador, en caso de acaecer el riesgo

cubierto, el pago de una suma de dinero. Pero como bien refiere el artículo, por un lado, el asegurador puede obligarse a resarcir al tomador, al asegurado, al beneficiario o a un tercero, dentro de los límites pactados, los daños, pérdidas o la privación de un lucro esperado.

“Resarcir”, de acuerdo al diccionario de la Real Academia española, es indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio, con lo cual es claro que la utilización aquí del término resarcir refiere a los seguros de daños donde rige el principio indemnizatorio.

Recordemos que el principio indemnizatorio es el que indica que la indemnización a cargo del asegurador no puede superar el daño sufrido por el asegurado en el objeto asegurado o en su patrimonio, en la eventualidad de tener que reparar el daño causado a un tercero en los seguros de responsabilidad civil.

Además del daño, el principio indemnizatorio tiene la limitante del interés asegurable, es decir que la indemnización no puede exceder el interés asegurable, relación lícita de contenido económico del asegurado sobre el objeto asegurado.

El artículo, sin embargo, no se limita a indicar que el seguro busca este resarcimiento de los daños, pérdidas o la privación de un lucro esperado. También refiere a que el asegurador se obliga -puede obligar- a pagar un capital, servir una renta o cumplir otras prestaciones convenidas entre las partes.

O sea que la obligación del asegurador no consiste sólo en prestar una indemnización, lo cual es adecuado, ya que si consignara sólo esto sería una limitante, pues el seguro de personas no es, para la mayoría de la doctrina, indemnizatorio, no reviste carácter indemnizatorio<sup>2</sup>.

El artículo 2 abre la puerta a la posibilidad que la obligación a cargo del asegurador pueda consistir en “otras prestaciones”, al decir que el asegurador se obliga - se puede obligar- a cumplir otras prestaciones convenidas entre las partes.

---

2- Si se quiere ahondar en las posiciones existentes en doctrina sobre el carácter indemnizatorio o no del Seguro de vida, ver el libro de mi autoría “Los Seguros de Vida...” Cap.I, FCU, Montevideo, 2008.

Esto es un cambio esencial con respecto al régimen vigente en materia de seguros para personas, que parte de cómo se definía hasta hoy a los Seguros para personas en la normativa bancocentralista.

En efecto en el Libro I, autorizaciones y registros, capítulo I, artículo 1, grupos y ramas de seguros, de la Recopilación de normas de seguros y reaseguros que contiene las circulares de la Superintendencia de Servicios Financieros, órgano de contralor de la actividad aseguradora, desconcentrado y con autonomía técnica del Banco Central del Uruguay, se establece que -la negrita es nuestra:

*La actividad aseguradora que desarrollen las instituciones públicas o privadas, comprendidas en las disposiciones de la Ley N°. 16.426 de 14 de octubre de 1993, se dividirá en dos grupos:*

I. Seguros Generales: Se aseguran los riesgos de pérdida o daño en las cosas o el patrimonio. Se distinguirán las siguientes Ramas:

- *Incendio*
- *Vehículos Automotores y remolcados*
- *Robo y riesgos similares*
- *Responsabilidad Civil*
- *Caución*
- *Transporte*
- *Otros*

*La Superintendencia de Servicios Financieros podrá establecer asimilaciones de ramas no especificadas, de acuerdo a la naturaleza de las coberturas.*

II. Seguros de Vida: Se aseguran los riesgos de las personas, garantizando un capital, una póliza saldada o una renta, para el asegurado o sus beneficiarios, dentro o al término de un plazo.

*Se distinguirán los Seguros de Vida No Previsionales y los Seguros de Vida Previsionales.*

Como vemos, esta artículo determina que Seguros de Vida, o mejor dicho para personas, son aquellos en los cuales la prestación a cargo del asegurador consiste en el pago de un capital, la conversión de la póliza en una saldada o en el servicio de una renta, para el asegurado o sus beneficiarios, dentro o al término de un plazo.

Esta definición pone énfasis en la forma de pago del seguro, estableciendo que el capital asegurado puede consistir en el pago de un capital o de una renta o la conversión en una póliza saldada, es decir en un seguro de suma reducida o de plazo menor, quedando el asegurado liberado del pago de los premios.

Se trata de una definición escasa o insuficiente pues deja fuera otras modalidades de seguros para personas que pueden tener otra clase de prestaciones, como ser los seguros de salud o los seguros de sepelio.

Lo esencial para definir los seguros para personas, como los demás tipos de seguros, no es la forma o clase de prestación sino el riesgo cubierto, que deben ser riesgos relacionados o que afecten a la vida o la existencia, la integridad, la salud o la vejez de las personas.

En cambio, el artículo 2 de la Ley 19.678 reconoce que pueden existir otras prestaciones a cargo de la aseguradora, ya sea que ella sea las que los brinda o ya sea que garantice dicha prestación a través de una red de prestadores con contratos con la aseguradora a dichos efectos.

Con esto se abre la puerta para que en el futuro puedan quedar dentro del sistema asegurador otras coberturas que se manejan del punto de vista económico y negocial como un seguro, pero que no son abarcados por las exigencias de la Superintendencia de Servicios Financieros, ni por el respaldo que posee un seguro, como ser los hoy inadecuadamente llamados “seguros” de salud en nuestro país, que en realidad no son sometidos a los contralores bancocentralistas aplicables a la actividad aseguradora.

Por otro lado, el artículo 2 analizado refiere a que por una parte está el asegurador que se obliga mediante el cobro de un premio a resarcir a la otra parte, el tomador, el asegurado, el beneficiario o el tercero, la prestación convenida dentro de los límites pactados.

En este punto, la referencia al tomador del seguro resulta conveniente en la definición del contrato de seguros junto a la figura

del asegurado, ya que ambos pueden ser destinatarios de la prestación convenida.

Se trata de dos figuras que ocupan posiciones jurídicas diferentes en el contrato de seguros, y con obligaciones y cargas también disímiles.

En cambio, las referencias al beneficiario y al tercero en una definición de seguros resultan polémicas.

Por un lado, el beneficiario no es en principio frente a quién el asegurador se obliga a resarcir los daños o a pagar el capital o la renta o a servir otras prestaciones pactadas, como dice el texto. No es la contraparte contractual del asegurador.

Por eso el asegurado puede cambiarlo cuantas veces quiera, ejerciendo su derecho de revocación, salvo que se trate de un beneficiario irrevocable, lo cual es la excepción.

Similar situación ocurre con el tercero. La norma parece aludir o bien al tercero a quien se ceden los derechos a la prestación convenida o bien al tercero innominado en los seguros de responsabilidad civil.

En el primer caso estamos ante un beneficiario, en general, irrevocable, y por lo tanto aplica lo antes expresado respecto a estos, constituyendo una excepción.

Ahora bien, si se trata del tercero innominado de los seguros de responsabilidad civil, si bien en principio es el destinatario de la prestación, nunca es la contraparte contractual del asegurador, y por lo tanto no debería figurar de esta forma en la definición del contrato.

En efecto, y por más que nos afiliemos a la posición doctrinaria que afirma que en este tipo de coberturas el derecho a la indemnización es del tercero y no del asegurado, quien asegura su patrimonio contra las posibles deudas generadas por su responsabilidad civil es el asegurado, el tercero innominado nunca es la contraparte contractual del asegurador, como parece aludir el artículo 2.

Esto resulta aún más claro en legislaciones como la comentada Ley 19.678, que no admiten la acción directa del tercero en seguros de responsabilidad civil, salvo si se consagra en leyes especiales, como en Uruguay en la de seguro obligatorio automotor. Si el tercero no tiene acción directa contra el asegurador, menos aún puede ser la contraparte contractual del asegurador ni la parte con derecho a indemnización en el seguro de responsabilidad civil.

Otro aspecto interesante contenido en el artículo 2º de la Ley 19.678 es la distinción contenida en el párrafo segundo acerca de la prima y el premio: “*La prima es la prestación del tomador o asegurado. El premio incluye la prima más los impuestos, tasas y demás recargos*”.

Si bien no se detallan los tipos de primas existentes (pura y comercial), lo cual excedería el contenido de una Ley relacionada al contrato de seguros, el concepto final de premio por el cual se inclina el legislador resulta el adecuado.

### **3.3 - Perfeccionamiento del contrato**

Otro artículo interesante en este Capítulo general es el artículo 3.

**Artículo 3º (Perfeccionamiento).** *El contrato de seguro se perfecciona mediante el mero consentimiento de las partes, aún antes de la emisión de la póliza y del pago del premio.*

*Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia deberá destacarse en la póliza y se considerará aprobada por el tomador o asegurado si no se reclama dentro de treinta días corridos de haber recibido la póliza.*

*Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador o al asegurado sobre el derecho de reclamar por cláusula inserta en forma destacada en el frente de la póliza.*

*El asegurador deberá informar en forma clara y precisa sobre todas las previsiones contenidas en la propuesta de contratar y en las condiciones generales, particulares o especiales en su caso, a que refiere el artículo 25 de la presente ley. Este deber de informar podrá ser cumplido por un medio electrónico que permita comprobar su recepción o acceso del asegurado, lo cual será constatado en la forma que determine la reglamentación.*

Si de un aspecto novedoso debemos hablar, es el cambio en el perfeccionamiento del contrato de seguros respecto a nuestro sistema anterior a la ley, en que el contrato de seguros se perfeccionaba con una solemnidad de escritura y firma.

Hasta antes de la vigencia de la nueva ley comentada, el contrato se perfeccionaba jurídicamente mediante un documento escrito, público o privado, denominado póliza de acuerdo al art. 644 del Código de Comercio, la cual debía estar firmada por el asegurador de acuerdo al

art 645 en sede de seguros, que se entendía primaba sobre el art 202, en sede general, que exige la firma de ambas partes para perfeccionar el contrato.

En los hechos y práctica comercial en nuestro país, la firma que solemnizaba al contrato de seguros era la del asegurador, que entregaba la póliza con su firma estampada, y con ello quedaba perfeccionado el contrato de seguro.

El contrato con la nueva ley pasa a ser consensual, pero el artículo 3º in fine parece confundir los conceptos al exigir que el asegurador deba informar en forma clara y precisa sobre todas las previsiones contenidas en la propuesta de contratar y en las condiciones generales, particulares o especiales en su caso, a que refiere el artículo 25.

Igualmente, con la nueva ley el contrato entra en vigencia con la solicitud aceptada, lo cual hace que se adapte el perfeccionamiento del contrato a la realidad práctica y habitual en el país, pero que con el sistema anterior creaba problemas en justicia, pues allí la solemnidad seguía siendo lo vigente, por lo que establecía el Código.

Por lo tanto se producía una inconsistencia entre la realidad y la normativa, lo cual hoy supera la ley 19.678 con la consensualidad como principio.

### **3.4 - Contenido de la póliza. Mención al intermediario**

El artículo 25 a que refiere este artículo dispone lo que la póliza debe contener, que son básicamente los datos que hoy consignan las condiciones particulares, además de las condiciones generales y, en su caso, especiales.

La novedad la aporta el artículo 31, que menciona al intermediario, en la única mención a esta figura en todo el articulado.

***Artículo 31º (Intermediario).** Cuando en la emisión de póliza o su renovación interviniere un intermediario, debe constar su identificación.*

Interesante es la mención al intermediario que realiza el artículo 31, pues deja en evidencia la necesidad de legislar sobre esta figura, que no existe consagrada en nuestro ordenamiento jurídico. De lo contrario, cualquiera podría ser intermediario y figurar en la póliza de seguros, siendo que el rol profesional del asesor en seguros es lo deseable.

Por supuesto, es criticable que el artículo mencione al intermediario solamente, pues en sentido estricto el intremediario es el corredor de seguros, dejando afuera al agente que es un mandatario del asegurador, no un mero mediador o intermediario que acerca a las partes, asegurado y asegurador.

No obstante, debe entenderse por interpretación analógica que la mención al agente también deberá constar en la póliza.

Esto si el corredor o agente interviene en la celebración del contrato; la mención a “emisión” es errada pues no es necesario que emita para que figure en la póliza, sino que lo que debe es haber intervenido en la etapa pre-contractual como asesor, lo cual justifica que se lo identifique.

### **3.5 - Entrega de la póliza. Plazos y medios**

Relacionado con lo anterior, el artículo 24 establece los plazos de entrega de las pólizas y sus modificaciones o endosos, y los medios para efectivizarla.

Dice el artículo 24:

***Artículo 24º (Entrega de la Póliza).** El asegurador, dentro de los primeros treinta días corridos de la celebración del contrato o toda vez que este se modifique, entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara en idioma español y fácilmente legible, por un medio que permita comprobar su recepción o acceso. La entrega podrá ser cumplida por un medio electrónico, en caso que el asegurado cuente con ello, que permita comprobar su recepción o acceso del asegurado a la póliza, lo cual será determinado por la reglamentación.*

*La póliza podrá ser firmada por cualquier método admitido por la legislación nacional o por los usos comerciales.*

Es decir que el asegurador tiene treinta días corridos desde el celebración del contrato -o sea desde que la solicitud es aceptada- para enviar la póliza al asegurado, lo cual puede ser realizado por un medio electrónico que permita comprobar su recepción o acceso.

También debe enviar la póliza si existen modificaciones en el contrato, por ejemplo a la hora de la renovación del seguro.

Aquí cabe relacionar este artículo 24 con el artículo 3 y con el artículo 6 de la ley.

Recordemos que el artículo 3 establece, en su segundo y tercer párrafos, que:

*Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia deberá destacarse en la póliza y se considerará aprobada por el tomador o asegurado si no se reclama dentro de treinta días corridos de haber recibido la póliza.*

*Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador o al asegurado sobre el derecho de reclamar por cláusula inserta en forma destacada en el frente de la póliza.*

O sea que si sumamos los treinta días que tiene el asegurador para enviar la póliza, más los treinta días que tiene el asegurado para reclamar por las modificaciones que el asegurador le advierta en el frente de póliza, tenemos sesenta días corridos de cierta inseguridad jurídica.

Esto si pensamos, por ejemplo, en un siniestro que ocurra el día veintinueve, cuando el asegurado aún no recibió la póliza, o el día cuarenta y cinco, cuando el asegurado aún no se manifestó aceptando las modificaciones. El contrato ya está vigente pero el asegurado aún no conoce las condiciones o bien no ha aceptado expresamente los cambios a la propuesta original: ¿puede ser excluido ese siniestro? Seguramente esta incertidumbre dará trabajo a los abogados.

### 3.6 - Renovación automática o prórroga del seguro

El otro artículo relacionado es el artículo 6 sobre Plazos.

**Artículo 6º (Plazo).** *Si no se expresa en la póliza otro distinto, el período del seguro será de un año, salvo que por la naturaleza del riesgo corresponda una vigencia diferente. La cobertura tendrá efecto desde el perfeccionamiento del contrato hasta la hora veinticuatro del último día del plazo establecido en el contrato.*

*Las partes podrán convenir la renovación automática o la prórroga del seguro con antelación a la fecha de vencimiento del plazo, bastando con una constancia del asegurador en la póliza vencida o haciéndolo constar en instrumento separado, salvo que se pretenda*

*modificar las condiciones vigentes, en cuyo caso deberá recabarse el consentimiento expreso del tomador. No mediando aceptación de las modificaciones, el contrato se dará por finalizado al vencimiento previsto.*

*Si se pactara la prórroga o renovación automática, cualquiera de las partes podrá dejarla sin efecto mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de treinta días corridos de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso.*

*El pago del premio o de la primera cuota implicará aceptación de su importe. La reglamentación podrá establecer otras modificaciones que no requerirán el consentimiento expreso del tomador.*

Aquí el tema a destacar es la renovación automática o la prórroga de seguro que pueden convenirse, pactarse, antes de la fecha de vencimiento de vigencia del seguro.

Ante esto se pueden dar dos situaciones. Si no existen modificaciones contractuales entonces basta con hacer constar la renovación o prórroga en la póliza, o en un endoso o documento por separado, como dice la norma.

Ahora bien, si existen modificaciones en el contrato a renovar o prorrogar, entonces se debe recabar el consentimiento expreso del asegurado a dichas modificaciones. Si no se recibe dicho consentimiento el seguro finaliza a la fecha de vencimiento previsto originalmente.

En el párrafo final, la norma exceptúa de la necesidad de solicitar el consentimiento del asegurado únicamente cuando exista modificación del premio, siempre que el asegurado pague dicho -nuevo- premio o la primera cuota, lo cual supone aceptación de su importe.

También abre la posibilidad de que se establezcan otras modificaciones que no requieran el consentimiento expreso del tomador del seguro, a determinar en la reglamentación, que en este punto se vuelve importante para agilitar los mecanismos de renovación o prórroga del seguro.

### **3.7 - Pluralidad de seguros**

Otra novedad interesante que aporta la ley es para el caso de pluralidad de seguros. En efecto, el artículo 9 aporta una solución para

el caso de que el tomador de un seguro contrate un seguro sobre los mismos riesgos con más de un asegurador, con vigencia coincidente en todo o en parte.

En este caso el asegurado debe informarlo a cada asegurador al momento de la contratación, indicando el asegurador y la suma asegurada. En ese caso los seguros no son inválidos sino que los aseguradores concurrirán al pago de la indemnización en proporción a la suma asegurada y hasta la concurrencia de la indemnización debida, salvo que se pacte otra cosa en la póliza.

Si ocurriera que un asegurador abonara una suma mayor a lo que proporcionalmente tiene a su cargo, tiene acción contra los demás aseguradores para efectuar el correspondiente ajuste, y contra el asegurado en caso de que hubiera recibido una indemnización mayor a la debida. De esta forma se respeta el principio indemnizatorio y se evita el enriquecimiento sin causa del asegurado.

Se exceptúan los seguros de personas, salvo que se establezca expresamente en la póliza que deben informar sobre la existencia de otros seguros. Esto es lógico pues en los seguros de vida no rige el mencionado principio indemnizatorio, al menos en la visión mayoritaria de la doctrina.

La solución aportada por el artículo 9 es novedosa con respecto a la que daba el Código de Comercio. De acuerdo a este, el principio era la prohibición de hacer dos seguros sobre los mismos riesgos en vigencias coincidentes. En caso de que igualmente existiera pluralidad de seguros solo era válido el primero.

El artículo 641 del Código establecía: “*No se puede, so pena de nulidad del segundo contrato, hacer asegurar segunda vez por el mismo tiempo y los mismos riesgos, cosas cuyo entero valor se hubiere ya asegurado, salvo los casos previstos en este Código (artículo 659 y 665).*

*No comprendiendo el primer seguro el valor íntegro de la cosa, o si se hubiese verificado con excepción de alguno o algunos riesgos, subsistirá el seguro en la parte o en los riesgos no incluidos.*”

La excepción la aportaba el artículo 659, en caso de renuncia del primer seguro, podría volver a asegurarse, y el 665, que en realidad reafirma que el seguro válido en principio es el primero. Artículo 665: “*Es lícito asegurar de nuevo una cosa ya asegurada por su valor íntegro en todo o*

*en parte, bajo condición expresa de que no podrá hacer valer sus derechos contra los aseguradores, sino en cuanto no pueda indemnizarse del primer seguro.*

*En caso de semejante convención, los contratos procedentes deben ser claramente descriptos, so pena de nulidad, y será aplicable la disposición del artículo 663.”*

### **3.8 - Rescisión del contrato**

Respecto a la rescisión del contrato, el artículo 13 de la Ley 19.678 establece que el tomador del seguro podrá rescindir el contrato de seguro en cualquier tiempo, sin expresión de causa, siempre que lo comunique al asegurador en forma fehaciente, con antelación de un mes.

El asegurador en cambio solo podrá rescindir el contrato si media justa causa, también comunicándolo con antelación de un mes al asegurado.

La justa causa es un concepto subjetivo, con todo lo que esto implica, pero el avance que la norma trae es importante, pues corrige algunos desvíos actuales en las pólizas, que establecen rescisión unilateral para el asegurador, sin expresión de causa.

Lo otro novedoso que el artículo aporta es que establece que, en caso de rescisión, el asegurador tendrá derecho al cobro del premio por el riesgo corrido durante el periodo transcurrido desde la vigencia del seguro hasta la rescisión.

Nótese que esto es un cambio con respecto a los usos y costumbres actuales en materia de seguros, en los cuales en caso de rescisión del tomador se aplica la llamada tabla de términos cortos o de tarifa, que no se corresponde exactamente con el periodo transcurrido sino que supone una compensación para el asegurador por la rescisión antes del término de vigencia del seguro.

En el caso de seguros de personas, el artículo remite al artículo 104 que es, pues, el aplicable.

Este artículo 104 establece que el tomador del seguro puede rescindir el contrato luego de la primera anualidad del seguro, salvo pacto en contrario que se justifica, pues podría existir un seguro por plazo menor al año.

También estipula que se rescinde el seguro individual en un seguro colectivo cuando el asegurado se desvincula del grupo de afinidad, salvo pacto en contrario, pensando ciertamente en algunas opciones

de seguros de vida que dan opciones de continuar con un seguro individual al ocurrir dicha desvinculación.

En caso de dicha rescisión el asegurado, dice el artículo 104, tiene derecho al rescate previsto en el artículo 107 de la misma ley. La ley es aquí imprecisa, pues está hablando en el artículo 104 del seguro colectivo y remite a un artículo, el 107, que correctamente indica que el derecho de rescate solamente existe en los seguros individuales con reserva matemática. Los seguros colectivos no prevén reserva matemática, son de vigencia anual, renovables, por lo tanto no puede dar derecho a rescate de suma alguna.

Recordemos que el derecho de rescate es la posibilidad que tiene el asegurado, luego de transcurridos dos o tres años, depende del producto, de solicitar la suma que por derecho a rescate le genera el componente de ahorro en los seguros de vida con reserva matemática, o de supervivencia que generan ese ahorro, que son de vigencias superior al año.

En puridad pues, el derecho de rescate se genera no solo en los seguros dotales o con ahorro sino también en los temporarios (seguro de vida puros o de fallecimiento) mayores a un año; pero en la práctica estos últimos no se comercializan con derecho de rescate.

La norma parece dar dicho derecho al asegurado en todos los casos en que el producto genere reserva matemática, lo cual sería un aspecto a considerar en la modalidad actual de venta de este tipo de seguros.

### **3.9 - Agravamiento del riesgo**

La Ley trae disposiciones precisas sobre el que llama agravamiento, no agravación, del riesgo, aspecto que no preveía en detalle el Código de Comercio.

El artículo 18 trae el concepto de agravamiento, que es el clásico: constituye agravamiento toda circunstancia que si hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato lo hubiera impedido o modificado sus condiciones.

Respecto a la comunicación al asegurador, si el agravamiento se debe a hecho ajeno, el asegurado debe comunicarlo “inmediatamente” de conocerlo, y si se debe a hecho propio, antes de que ocurra.

Las excepciones son: que se provoque el agravamiento para prevenir un siniestro -atenuar sus consecuencias- o por un deber de humanidad generalmente aceptado, aunque persiste la carga de comunicarlo al asegurador (artículo 21).

Los artículos 19 y 20 prevén dos circunstancias: el agravamiento existiendo o no siniestro.

Si existe agravamiento, no existiendo siniestro, si se debe a hecho propio del asegurado, se suspende la cobertura desde que aquel se produce.

Si es por hecho de tercero, se suspende la cobertura desde que es conocida por el asegurado o si lo conoce el asegurador, cuando se lo comunica al asegurado.

En ambos casos, dentro de los quince días corridos desde que al asegurador le fue declarado el agravamiento del riesgo, el asegurador puede rescindir el contrato con derecho a los premios corridos o acordar modificarlo, es decir ajustarlo al riesgo resultante del agravamiento.

Si no lo hace en dicho plazo, el contrato se mantiene en las condiciones iniciales.

Si en cambio existe agravamiento y sobreviene un siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación siempre que el siniestro fuera provocado por hecho o circunstancias agravantes del riesgo que no fueron denunciadas.

Aquí existe un tema terminológico importante, que puede dar lugar a cuestionamientos futuros, pues provocar no es igual a causar.

Provocar es producir o causar algo, y producir es procurar, originar, occasionar. Por lo tanto, podría la norma referir a alguna circunstancia agravante que no fuera la causa del siniestro, pero sí que contribuyera al mismo, que podría dar lugar a la no indemnización o prestación de parte del asegurador.

En el caso de los seguros de personas, el aplicable será el artículo 102, que determina que solo se puede alegar agravamiento por los motivos previstos en la póliza.

### 3.10 - Plazos para denuncia del siniestro y otros

PLAZO DE DENUNCIA	PLAZO PARA INFORMAR CUANTIA DE DAÑOS	PLAZO DE ACEPTACION O RECHAZO DE SINIESTRO	PLAZO PARA EL PAGO
Informar ocurrencia = inmediatamente Formalizar denuncia = 5 días SALVO automotores formalizar inmediatamente	15 días corridos	30 días corridos	60 días corridos
Desde siniestro o conocimiento de siniestro	Siguientes al siniestro Por escrito al segurador, salvo dispensa por escrito del asegurador	A contar de la recepción de la respectiva denuncia	A contar de la comunicación fehaciente al asegurado de la aceptación del siniestro por parte del asegurador O de vencido el plazo previsto por el artículo 35 (ACEPTACION TACITA)
Asegurado: in cumplimiento de estas cargas solo es excusable por causa extraña no imputable Asegurador: no podrá exonerarse de la responsabilidad si, dentro del mismo plazo: - interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro. LO REPITE EL ART III	Toda la información necesaria para - verificar el siniestro - determinar su extensión y cuantía, - todas las circunstancias por las que considera que está comprendido en la cobertura del seguro; - permitirá y facilitará todas las medidas o indagaciones NECESARIAS; - entregará al asegurador toda la documentación necesaria para determinar la cuantía de la pérdida o los daños y - una declaración de los seguros existentes.	Salvo = se suspenderá en los casos en que el asegurador, por razones ajenas a su alcance y voluntad, no contara con los elementos suficientes para determinar la cobertura del siniestro	Siempre que se hayan cumplido las obligaciones y cargas previstas por la presente Ley.
PIERDE INDEMINIZACION: ART 48	PIERDE INDEMINIZACION SALVO CAUSA EXTRAÑA O FUERZA MAYOR ART 49	Vencido el cual se la tendrá POR ACEPTADO	Asegurador CAERÁ EN MORA por el sólo vencimiento del término, y correrán intereses moratorios

Otra novedad importante es que *la ley determina plazos para la denuncia del siniestro, para aportar los elementos para la liquidación del daño, para aceptar o rechazar el siniestro y para el pago de la prestación.*

Esto es muy importante, pues de ahora en más esos plazos serán uniformes, iguales para todos los seguros y aseguradores salvo, como hemos dicho, que se pacten plazos más beneficiosos para el asegurado.

A efectos de dejar esto claro, incluyo a continuación un cuadro que determina estos plazos y las consecuencias de incumplirlos.

Los artículos involucrados en estos plazos son 34, 35, 36, 39 y la sección IV sobre el incumplimiento.

### **3.11 - Prescripción. Registro de Seguros de Vida**

Desde la vigencia de la nueva Ley los plazos de prescripción cambian.

Ya no será aplicable el artículo 1021 del Código de Comercio, que preveía un año de plazo de prescripción tanto para seguros generales como para seguros de personas, a contar desde que la obligación se hacía exigible. Cuándo la obligación se hacía exigible y comenzaba a computarse el plazo, fue un aspecto muy discutido en doctrina y jurisprudencia, aunque mayoritariamente se interpretaba que era desde el rechazo del siniestro.

La ley distingue ambos plazos y determina más claramente desde cuándo se computan.

Para seguros generales serán dos años desde que se comunica al asegurado la aceptación o el rechazo del siniestro, o se cumple el plazo del artículo 35, aceptación tácita del siniestro que se produce a los treinta días corridos desde la denuncia sin que el asegurador se expida sobre si acepta o no el siniestro, en cuyo caso se tiene por aceptado.

En el caso de seguros de vida el plazo es de cinco años, a contar desde que el beneficiario conoce la existencia del beneficio, aunque siempre cinco años máximo, contados desde el fallecimiento del asegurado. En suma, cinco años desde dicho fallecimiento.

Aquí es importante destacar que la ley prevé, en su artículo 132, la creación de un Registro de seguros de vida a cargo del Banco Central

del Uruguay, donde la persona que cree ser beneficiario de un seguro de vida puede consultar con la partida de defunción del asegurado.

Allí le informarán si éste tenía un seguro de vida y en qué empresa aseguradora, donde podrá consultar en definitiva si es el beneficiario.

Esto genera una carga importante a los aseguradores, que deberán informar al BCU todos los seguros de vida que suscriban con el nombre de tomador del seguro. Además, si transcurren cinco años sin que nadie reclame el beneficio, las aseguradoras deberán volcar el capital asegurado, dentro de los diez días de vencido el plazo de prescripción de cinco años, a la cuenta Tesoro Nacional, bajo el rubro “Seguros de Vida no reclamados”, lo cual puede redundar en una suba de premios en los seguros de vida, pues los aseguradores hasta ahora no debían volcar dichos montos no reclamados.

El Registro comenzará a funcionar a los ciento ochenta días desde la vigencia de la ley, y las aseguradoras tendrán seis meses desde dicho comienzo para comunicar la nómina de seguros de vida ya existentes.

### **3.12 - Disposiciones sobre ramas y tipos de seguros**

En el Capítulo II la ley se explaya sobre disposiciones generales aplicables a los seguros de daño, a los que llama de daños patrimoniales. Esta nomenclatura no es la más feliz, pues los seguros de daño patrimonial en sentido estricto son los seguros de responsabilidad civil en los que el riesgo cubierto es el eventual daño patrimonial que el asegurado puede sufrir al dañar o perjudicar a un tercero, y ante su reclamo.

Obviamente aquí la Ley utiliza el concepto de seguros de daño patrimonial en sentido genérico, abarcando todos los tipos de seguros de daño o seguros generales.

A nuestros efectos, nos referimos muy brevemente a las distintas ramas de seguros de daño que la ley regula.

En las diversas secciones de este Capítulo II la ley establece previsiones sobre las siguientes ramas de seguros:

- seguros de incendio, recoge lo que usualmente se preveía ya en las pólizas más modernamente que lo dispuesto en el Código de Comercio.

- seguros de responsabilidad civil, una novedad absoluta su regulación, pues el Código de Comercio, por un tema lógico de antigüedad, no los prevía. Aquí destaca la prohibición de la acción directa del tercero contra el asegurador -aspecto polémico y no compatible en mi opinión-, la aceptación de la cobertura en base a reclamos hechos o *claims made*, los deberes de colaboración del asegurado y la defensa en juicio del asegurado si esta se pacta, o sea eventual no obligatoria.
- seguro de hurto, nótese que no refiere a seguro de robo sino de hurto, dice la ley, lo cual puede hacer confundir el seguro de robo con la figura penal del hurto, cuando en realidad no deben relacionarse.
- seguros de transporte, se establece la aplicación subsidiaria de las disposiciones del Código de Comercio en materia de seguros marítimos, en un técnica legislativa poco compatible, y se dejan fuera los seguros aeronáuticos que se regirán por el Código aeronáutico.
- seguros de riesgo agrícola, destaca aquí la previsión de los seguros por índices o paramétricos.

Luego, el capítulo III se dedica a los seguros para las personas, destacando además de los aspectos que ya hemos ido reseñando la posibilidad, ya prevista por el Código de Comercio, de asegurar la vida de un tercero, siempre que exista interés asegurable, la previsión de un artículo referido a las cláusulas de enfermedades preexistentes, que supone un gran avance en el sentido de que recoge lo que la jurisprudencia ha venido diciendo sobre las mismas -que al inicio eran demasiado amplias-, la regulación detallada de la designación de beneficiarios, la previsión de que el concurso del tomador, asegurado o beneficiario no afecta al contrato de seguros, entre otros.

#### 4 - Otras disposiciones

##### 4.1 - Reaseguros (capítulo IV)

La ley dedica cinco artículos a los reaseguros, destacando la posibilidad de pactar la cláusula *cut through*, por la cual el asegurado podría reclamar directo al reasegurador el pago de la indemnización.

Esto reconoce que en nuestro país el uso de la figura del *fronting* es común, incluso con cesión del cien por ciento del riesgo al reasegurador, por lo cual puede ser útil pactar dicha cláusula, pues en la realidad el reasegurador en un *fronting* es quien determina las condiciones del seguro.

#### **4.2 - Reglas de derecho internacional privado (capítulo V)**

La ley determina aplicable en forma imperativa al contrato de seguros la ley del lugar de cumplimiento de la prestación característica que, se entiende, es el lugar de domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la aseguradora que celebró el contrato y emitió la póliza, o dónde estén situados los bienes muebles o inmuebles objeto del seguro.

En definitiva será la ley uruguaya la aplicable en la generalidad de los casos, pues la reserva de mercado nacional determina que los riesgos que acaecen en el país deben ser cubiertos por empresas debidamente instaladas, autorizadas y habilitadas a la cobertura de riesgos en el país.

Para reaseguros es posible pactar otra legislación aplicable.

La jurisdicción competente en contratos de seguros es la del Estado, cuya ley es aplicable conforme con lo antedicho.

#### **4.3 - Denominación de empresas de seguros (capítulo VI)**

Se trata de una norma ya existente en el decreto reglamentario de la Ley 16.426, Decreto 354/94, con nueva formulación y con la previsión de sanciones para el caso del uso de expresiones que refieran a la actividad aseguradora o reaseguradora en la denominación social de empresas no aseguradoras ni reaseguradoras, que puedan inducir a equívocos sobre su naturaleza y responsabilidad patrimonial o administrativa.

Esto, pues la palabra seguro conlleva un respaldo sustentado en la solvencia patrimonial, reservas técnicas, buena administración y contralor estatal que avalan su estabilidad ante los consumidores.

#### **4.4 - Temas técnicos (capítulos VII y IX)**

El capítulo VII sobre activos y reservas en materia de obligaciones previsionales, así como el capítulo IX sobre seguros de accidentes de

trabajo y enfermedades profesionales, son típicos ejemplos de cómo el legislador aprovecha la ocasión de legislar en seguros para dar rango legal a algunas soluciones de aspectos técnicos de los seguros previsionales y los seguros de accidentes de trabajo.

#### **4.5 - Seguro Obligatorio automotor – SOA (capítulo VIII)**

Aquí la ley sustituye el artículo 22 de la Ley 18.412 de SOA, determinando que el procesamiento de los reclamos por coberturas especiales queda ahora en manos de la UNASEV (Unidad nacional de seguridad vial), y ya no de la Superintendencia de Servicios Financieros, como hasta ahora.

Será la UNASEV la que asignará una aseguradora en el caso de reclamos por coberturas especiales, o sea cuando el asegurado o sus causahabientes soliciten se les asigne una aseguradora ante casos de víctimas de automotores sin seguro, que se den a la fuga, o hurtados u obtenidos con violencia.

Dicha adjudicación de casos a las aseguradoras será realizado en proporción a las coberturas de automotores, en todas sus formas y categorías, comercializadas anualmente por las aseguradoras. Este es un cambio de criterio, pues la ley de SOA establecía que dicha asignación sería en base a los seguros obligatorios, no a toda la cartera de automotores. Luego la Superintendencia cambió el criterio, aplicando el que trae ahora la ley, pero lo hizo por resolución, lo cual fue origen de recursos administrativos.

#### **4.6 - Base de datos**

La ley autoriza a las empresas aseguradoras a establecer bases de datos comunes que contengan datos para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial, y para la prevención del fraude en seguros

El problema es que no exime de la necesidad de solicitar, como sí preveía en anteproyectos anteriores, el consentimiento del asegurado, lo cual puede llegar a ser un problema de antiselección, pues los fraudulentos difícilmente acepten, den su consentimiento para que sus datos sean introducidos en una base de datos de seguros para combate al fraude; en cambio, quienes no tengan la intención de defraudar, sí lo harán, volviendo dicha base ineficiente.

Luego se prevé el Registro de seguros de vida, al cual ya nos hemos referido.

#### **4.7 - Derogaciones y sustituciones. Reserva de mercado (capítulo IX).**

La ley establece que quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a ella, en una técnica poco compatible, porque puede dar lugar a dudas sobre si algunos artículos del Código de Comercio, o de otras leyes relacionadas a la actividad, quedan derogados o no.

Seguidamente, el artículo 134 sustituye el artículo 2 de la Ley 16.426, que es el que establece la reserva de mercado, es decir, que los riesgos que puedan acaecer en el Uruguay deben ser cubiertos por seguros otorgados por empresas autorizadas a operar en el país.

No trae grandes modificaciones con respecto a la reserva en sí, aunque sí aclaraciones en el texto, sobretodo en las excepciones a dicha reserva.

Novedoso, sí, es la inclusión en dicha reserva en forma expresa de los seguros de crédito a la exportación cuando la exportación se efectúe desde territorio nacional -a contrario sensu si se trata de dichos seguros por importación no necesitan seguro nacional-, y la definición de buque mercante -cuyos seguros son una excepción a la reserva de mercado, es decir se pueden contratar con empresas extranjeras- que aporta el inciso final.

Esta definición de buque mercante, como toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil, cuya finalidad sea el transporte de bienes o personas con propósito mercantil en el ámbito marítimo, fluvial y lacustre, deja dudas sobre la situación de algunas embarcaciones que no tienen por objeto el traslado de bienes o personas a pesar de tener finalidad comercial, como ser los buques pesqueros y los remolcadores.

Si leemos en forma literal la definición este tipo de embarcaciones deberían contar con seguros nacionales, lo cual altera la práctica, por ejemplo en el caso de los remolcadores que suelen contar con seguros extranjeros.

#### **4.8 - Disposiciones transitorias (capítulo XII)**

Se establece la aplicación inmediata de la ley -debemos agregar,

salvo cuando esta establece otra cosa, como es el caso del Registro de seguros de vida como vimos- a los contratos de seguros y a las renovaciones que se celebren con posteridad a su vigencia, con lo cual no se deja un plazo de carencia de aplicación como suele suceder en este tipo de leyes que requieren modificaciones contractuales, en los textos de las pólizas.

Veremos cómo reacciona el mercado nacional ante esta inmediata aplicación.



# LEGISLAÇÃO

# Alguns dos Princípios do Novo Código de Processo Civil

Luís Antônio Giampaolo Sarro\*

**Resumo:** A Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 é iniciada com a menção expressa de alguns princípios processuais, dentre os quais os de ordem constitucional. Este breve trabalho tem como finalidade destacar determinados princípios processuais contidos no diploma processual civil, alguns dos quais surgiram no sistema processual a partir do Código de Processo Civil/2015.

**Abstract:** The General part of the Civil Procedure Code of 2015 is initiated with an express mention of some procedural principles, including those of a constitutional order. This brief work aims to highlight certain procedural principles contained in the civil procedural law, some of which appeared in the procedural system from the Code of Civil Procedure/2015

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil. Princípios processuais.

**Keywords:** Civil Procedure Code. Procedural principles.

**Sumário:** 1. Da Introdução. 2. Dos Princípios no Novo CPC. 2.1. Do Princípio da Causalidade. 2.2. Do Princípio do Contraditório Efetivo. 2.3. Do Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade. 2.4. Do Princípio da Fungibilidade. 2.5. Do Princípio da Primazia da Decisão de Mérito. 2.6. Do Princípio da Sanabilidade ou do Aproveitamento Máximo dos Atos Processuais. 2.7. Do Princípio da Concentração dos Atos Processuais. 3. Da Conclusão.

---

\* Luís Antônio Giampaolo Sarro – Bacharel em Direito pela PUC/SP, Pós-Graduado em Direito Civil pela FADUSP, advogado especializado em Direito Securitário, Bancário e Processual Civil, Procurador do Município de São Paulo aposentado, Presidente do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil e ex-2º Vice-Presidente da AIDA Brasil, Sócio-Administrador da Giampaolo Sarro e Advogados Associados. (luisarro@giampaulosarro.com.br)

## 1. Da introdução

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, mas, antes, sofreu alterações pela Lei nº 13.256/2016, de 5 de fevereiro de 2016, notadamente na parte relativa ao sistema recursal.

O Código é iniciado com a menção expressa de vários princípios que o orientam, a começar por aqueles de ordem constitucional, bem como por outros que serão rapidamente mencionados neste trabalho, dentre os quais alguns recém instituídos, segundo a doutrina moderna.

Buscamos, aqui, fazer uma rápida menção a alguns dos princípios que regem o novo CPC e apontar certas alterações introduzidas no sistema processual civil por influência deles tais princípios.

## 2. Dos princípios do Novo CPC

O Legislador do novo Diploma Processual Civil optou por mencionar expressamente, de forma não taxativa, os princípios que o regem, a começar pelos de ordem constitucional.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao tratar dos princípios constitucionais do direito processual civil, esclarece que:

*ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, embora fundamentais, de como deve se dar o próprio comportamento do Estado-juiz. Eles prescrevem, destarte, o “modo de ser” (mais precisamente, de “dever-ser”) do processo na perspectiva constitucional.*

O Código inicia-se, pois, por relacionar os princípios que o informam, e assim o faz ao indicar o princípio da iniciativa da parte – impulso oficial (art. 2º), do livre acesso ao Judiciário (art. 3º), do estímulo à conciliação e mediação (art. 3º), da razoável duração do processo (arts. 4º e 6º), da boa-fé (art. 5º), da cooperação (art. 6º), da paridade de tratamento (art. 7º), da proporcionalidade (art. 8º), do contraditório efetivo (arts. 7º, 9º e 10), da publicidade (art. 11).

Mas há vários outros princípios consagrados pelo Código, tais como o da causalidade (art. 85, § 10), da fungibilidade (arts. 1.024, § 3º, 1.032 e 1.033), da sanabilidade ou do aproveitamento máximo dos

atos processuais (arts. 938, § 1º, 1.007, § 7º, 1.017, § 3º, e 1.029, § 3º), assim como novos princípios, segundo aponta a doutrina, podendo citar-se o da primazia da decisão de resolução do mérito (arts. 4º e 6º) e do respeito ao autorregramento da vontade (arts. 190, 191, 200, etc.), que merecerão, a seguir, um pouco mais de atenção, porém, ainda de forma bem rápida e objetiva.

Passamos, então, a explanar sobre alguns desses princípios que informam o novo CPC.

## 2.1. Do Princípio da Causalidade

Já tivemos a oportunidade de escrever, em várias obras, sobre a nossa proposta, acolhida pelas comissões de juristas que elaboraram o anteprojeto de novo CPC e que deram apoio aos relatores-gerais do projeto de lei, de passar o Código a fazer expressa menção ao princípio da causalidade, que já o orientava.

E a expressa menção ao referido princípio veio a ser consagrada no art. 85 do novo CPC, com a seguinte redação:

*Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

[...]

*§10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.*

A proposta de inserção do princípio da causalidade no, então, projeto de lei do novo Código de Processo Civil, foi formalizada por ofício entregue à comissão de juristas que elaboraram o anteprojeto de novo CPC e posteriormente pela apresentação da Emenda 74/2011, esta elaborada pelo Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil, por mim presidido, da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA Brasil, encaminhada ao Deputado Paulo Teixeira, antes de ele assumir a função de relator-geral do Projeto de Lei de Novo CPC e apresentada na íntegra, sem qualquer modificação, pelo Deputado Paes Landim.

Apenas para exemplificar a importância da disposição legal acima transcrita, cita-se uma notícia veiculada no Boletim Eletrônico AASP da Associação dos Advogados de São Paulo no sentido de que, em março

de 2011, de 14.550 ações ajuizadas tendo como objeto o recebimento de indenização coberta pelo seguro obrigatório de veículos - DPVAT, 6.951 não foram precedidas de pedidos administrativos junto à Seguradora Líder que o opera.

Vale dizer, que em apenas um mês, o Poder Judiciário foi acionado desnecessariamente em quase 7 (sete) mil ações com o objetivo exclusivo de se obter, além do pagamento da indenização devida, para a qual bastaria simples formalização de pedidos administrativos diretamente à Seguradora Líder, também o pagamento de honorários advocatícios.

Infelizmente, alguns advogados não vinham observando o dever ético de estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (artigo 2º do Código de Ética).

Pois bem, o art. 85, §10, do CPC será um desestímulo a tal desvio de conduta, pois permitirá, no caso, à seguradora depositar em juízo a indenização devida, ou pagar diretamente ao beneficiário, e sustentar em sua defesa a carência da ação por ausência de interesse de agir pela desnecessidade da ação e, no mérito, a perda do objeto, com pedido de condenação do autor ao pagamento dos honorários advocatícios.

Registre-se, aqui, que o mesmo desvio de conduta vinha sendo observado, ao longo dos anos, em outros tipos de ação, como no caso da então medida cautelar de exibição de documentos sem o prévio pedido extrajudicial.

## **2.2. Do Princípio do Contraditório Efetivo**

Como se disse, o novo CPC, em sua parte inicial, fez expressa menção aos princípios que o regem, reproduzindo os previstos pela Constituição Federal, dentre os quais o do contraditório.

Todavia, tal princípio foi fortalecido com a disposição contida em seu artigo 10, que estabelece que: *O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Com tão importante disposição, impedir-se-á a chamada “decisão-surpresa”, exigindo do órgão julgador, em qualquer grau de jurisdição, que, antes de decidir sob fundamento diverso dos arguidos pelas partes, as intime para se manifestarem previamente a respeito do tema.

Por tal razão, a doutrina recente passou a denominá-lo de princípio do contraditório efetivo.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA escreve que *Sustentamos que às partes deve ser reconhecido o direito de participar ativamente no procedimento de tomada da decisão judicial*. Tal participação consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo (cf. o que se disse no comentário ao art. 5º do CPC/2015, a respeito da teoria das relações de *status*, e doutrina ali citada). A manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se através do binômio “informação + reação”. Esse princípio é também decorrente do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput* e II da CF/1988; art. 7º do CPC/2015), já que, se o juiz decidir apenas com base no que uma das partes tiver argumentado, dará a elas tratamento desigual. Mas hoje, ao princípio, deve ser reconhecida dimensão mais ampla. Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial: “o princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento” (STJ, REsp 421.342/AM, 4ª T., j. 11.6.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes (cf. Giuseppe Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2. Ed., p.p. 9-10; ainda na doutrina italiana, cf., dentre outros, Luigi Montesano, *La garanzia costituzionale del contradditorio e i giudizi civili “di terza via”*, Rivista di Diritto Processuale, nº 4, 2000, p. 931; mais recentemente, Sergio Chiarloni, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di defesa e “formalismo delle garanzie”*, RePro 212/83).

### **2.3. Do Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade**

Um novo princípio, que passa a balizar o nosso Código de Processo Civil, é o que a doutrina passou a denominar de respeito ao autorregramento da vontade.

É, pois, o que se depreende de várias disposições ao longo de todo o Código, entre as quais se menciona, apenas a título exemplificativo, a escolha consensual do mediador, conciliador ou da câmara privada de mediação, o calendário processual e o negócio processual.

Com efeito, garante o novo CPC às partes do processo a escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168), permitindo, assim, o autorregramento da vontade pelas partes.

Por outro lado, traz o art. 191 como novidade o calendário processual, ao prever que: *De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.* Portanto, as partes, de comum acordo, poderão definir qual a prova produzir, de que forma e quando ela será produzida, qual o momento para as manifestações finais etc.

É importante registrar que, uma vez estabelecido o calendário processual, dispensar-se-á a intimação das partes e de seus advogados dos atos definidos pelo calendário, o qual vinculará as partes e o julgador.

Outra novidade importante do novo Código, decorrente do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, está no instituto do negócio processual, sendo que o art. 190 estabelece uma cláusula geral de negociação processual, ao ditar que:

*Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.*

Tal dispositivo deve ser examinado em conjunto com o art. 200, que define que: *Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.*

Não há no Direito Comparado legislação que tenha regrado o negócio processual como o CPC/2015.

O negócio jurídico é muito desenvolvido no Direito Privado e, embora já existisse no CPC/73, passa agora a conter previsão expressa. Sempre que o negócio jurídico repercutir no processo, será negócio processual, e ele repercute quando altera os atos processuais, para suspender o processo, ou que afetem as situações jurídicas processuais, como exemplo o foro de eleição.

Os negócios jurídicos processuais podem ser unilaterais (renúncia, desistência da ação, reconhecimento da procedência do pedido...) ou bilaterais, em que há duas vontades (acordos, foro de eleição), ou ainda plurilaterais (ex. negócio com três polos passivos).

O negócio processual pode ser celebrado antes do processo. Aliás, normalmente é feito antes do processo, mas se refere ao processo, que poderá sobrevir ou não. Se não sobrevier, o negócio será ineficaz. Por isto, o foro de eleição é um negócio processual, realizado antes do processo.

Há negócios processuais que se referem ao objeto litigioso do processo (conciliação, autocomposição...). Acordo sobre a dívida é um negócio processual, embora tenha eficácia material. O processo será extinto por causa dele.

Há negócios processuais, seja o ato processual, seja a situação jurídica processual, sobre o modo como será feito o processo.

Outra classificação importante é a que divide os negócios processuais em expressos e tácitos. Expresso é o que revela a vontade de forma expressa, seja escrita ou oral (procuração em audiência). Tácito é o negócio que se celebra sem a manifestação da vontade. Tácito significa silencioso. Não se confunde com omissão. É tácito porque a parte se comporta como se estivesse aceitando. Pode ser tácito também silenciosamente. Ex.: reunião de condomínio em que o voto é manifestado e computado por quem permanece em silêncio. Já foram vistos alguns negócios tácitos. Ex.: se o réu se defende e não indica convenção de arbitragem, presume-se que a tenha renunciado. Na assistência, o assistente simples fica submetido à vontade do titular, pois os atos do assistido vincula ambos, sejam negócios expressos ou tácitos.

Há negócios processuais que dependem de homologação judicial e há os que não dependem. Há negócios que somente produzirão efeitos depois de homologados pelo juiz, e outros que produzem efeito independentemente de homologação. Em regra, os negócios processuais dispensam homologação judicial, salvo se houver regra expressa em sentido contrário. É matéria de Direito estrito, e se não houver previsão legal da homologação, não será necessária. Dois exemplos: desistência ou acordo de organização do processo (saneamento processual). CPC, art. 200, parágrafo único. *A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.*

Há, ainda, negócios típicos, quando há previsão expressa na legislação, e atípicos, negócios processuais construídos pelas partes. A doutrina tradicional, com base no CPC/73, diz que *só há negócio processual quando expressamente previsto em lei*. O CPC/2015 não só aumentou o rol de negócios típicos, como abriu a possibilidade de criação de negócios processuais pelas partes. Essa é a grande novidade do novo Código. É errado dizer que o novo CPC criou os negócios processuais, pois o que ele criou foi a atipicidade dos negócios processuais.

São, pois, negócios processuais típicos: eleição de foro, não alegação da incompetência relativa (negócio tácito), calendário processual (plurilateral, envolve também o juiz), acordo para suspensão do processo, escolha convencional por arbitramento, adiamento negociado da audiência, escolha consensual do perito, desistência do recurso, aceitação da decisão (acordo típico), convenção sobre o ônus da prova, dentre outros.

O artigo 190 do novo CPC contém uma cláusula geral de negócio sobre o processo, que versa sobre a atipicidade dos negócios processuais.

São exemplos de negócios atípicos, que podem ser constituídos por vontade das partes: acordo de instância única (as partes aceitam que ninguém irá recorrer), acordo para criação de litisconsórcio necessário, acordo para tornar um bem impenhorável, acordo para criar uma prova ilícita, prova atípica negociada, acordo para ampliar ou reduzir os prazos (podem combinar o prazo em dobro ou pela metade, é lícito), acordo para dispensar assistente técnico, acordo para não ter perícia, acordo para permitir ingresso de terceiro no processo fora das hipóteses legais, acordo para autorizar a execução provisória ou para proibir a execução provisória, acordo para impedir pedido de tutela provisória de evidência, acordo para autorizar jurisdição por equidade (decisão por equidade), acordo para legitimação extraordinária convencionada.

Reitere-se que o art. 190 do CPC/2015 deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 200, pois formam um par, que fecha o sistema. O primeiro, indica apenas os negócios bilaterais; o segundo, define sua eficácia e se refere também aos unilaterais.

CLÁUDIO APARECIDO RIBAS DA SILVA e MAURÍCIO CONDE TRESCA, membros do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil da AIDA BRASIL, fazem interessante análise sobre

“Negócios processuais e seguro”, apresentando importante estudo sobre a aplicação do instituto no mercado segurador, tanto em relação aos negócios processuais nas relações de resseguro e retrocessão, quanto aos negócios processuais nos contratos de seguro.

## 2.4. Do Princípio da Fungibilidade

O princípio da fungibilidade foi também prestigiado pelo novo Código de Processo Civil, como se vê no disposto pelo artigo 1.024, § 3º, que prevê o conhecimento de embargos de declaração como agravo de interno:

*Art. 1.024. [...] § 3º. O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-la às exigências do art. 1.021, § 1º.(cabimento do agravo interno).*

A possibilidade da fungibilidade dos recursos encontra ainda previsão expressa na parte relativa aos recursos extremos, especificamente nos artigos 1.032 e 1.033, que preveem que, se o Superior Tribunal de Justiça entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, dará 15 (quinze) dias para o recorrente aditar e demonstrar a repercussão geral e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal e, da mesma forma, se este tribunal entender que o recurso extraordinário versa sobre questão federal, remeterá os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

E, se ambos os tribunais superiores simultaneamente entenderem pela competência do outro, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal.

## 2.5. Do Princípio da Primazia da Decisão de Mérito

O novo Código de Processo Civil é orientado por um novo princípio, que a doutrina moderna denomina de princípio da primazia da decisão de mérito, com base no qual o novo diploma flexibilizou o exagerado culto à formalidade, que inspirava o código revogado, responsável pela jurisprudência defensiva dos tribunais. Com base nele, o órgão julgador deve, sempre que possível, permitir a regularização de atos processuais viciados, de forma a permitir que haja a decisão sobre o mérito do processo.

Tal princípio está contido nas disposições dos artigos 4º e 6º do CPC/2015, que preveem: *o primeiro, que ‘As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa’ e, o segundo, que ‘Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’.*

A inspiração do referido princípio está na previsão que possibilita o aditamento, em 15 (quinze) dias, da petição inicial em caso de ilegitimidade passiva de parte, mediante o reembolso, pelo autor ao réu, de despesas processuais e pagamento de honorários advocatícios de 3 a 5% (artigo 338 e parágrafo único), bem como a que impõe ao réu a obrigação de indicar a parte legítima, sempre que souber, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação (artigo 339).

Ao falarmos sobre a legitimidade de parte, entendemos oportuno observar que o novo CPC eliminou a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, conforme se observa das seguintes disposições:

*Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...]*

*XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;”*

*“Art. 495. O juiz não resolverá o mérito quando:*

*VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;*

Note-se, em comparação, que o CPC/73, em seu art. 267, previa que *Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.*

Aliás, o novo Código sequer menciona o termo “condições da ação”, o que levou parte da doutrina recente a sustentar que, a partir de sua vigência, não há mais que se falar em condições da ação, sustentando que a legitimidade de parte e interesse de agir passaram a fazer parte dos pressupostos processuais.

Outra observação digna de nota é que o instituto da nomeação à autoria, eliminado das hipóteses de intervenção de terceiros, conteria uma previsão genérica, segundo a doutrina, no artigo 339, que estabelece que:

*Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. §1º. O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338. §2º. No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.*

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, ao se referir ao artigo 4º do CPC/2015, afirma que *Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfatório do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil*. Eis aí, portanto, o princípio da primazia da resolução do mérito.

Afirma, ainda, o referido doutrinador, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que integrou a comissão de juristas que deram apoio ao relator-geral do Projeto de Lei do Novo CPC, na Câmara dos Deputados, que;

*Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo portanto equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não corrija, inviabilizando a superação do obstáculo.*

Vale, aqui, transcrever alguns, dos vários dispositivos do novo CPC, inspirados no princípio da primazia da resolução do mérito:

*Art. 282. [...] §2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

*Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.*

*Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.*

*Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.*

## **2.6. Do Princípio da Sanabilidade ou do Aproveitamento Máximo dos Atos Processuais**

Outro princípio consagrado pelo novo Código, que tem relação direta com a da primazia da resolução do mérito, é o da “Sanabilidade ou do Aproveitamento Máximo dos Atos Processuais”.

Um dos exemplos de sua aplicação está na previsão do §1º do artigo 938, por meio do qual o tribunal determina a regularização do ato processual ou a produção de prova em 1<sup>a</sup> instância ou no próprio tribunal, sem anular o processo. Eis a transcrição do referido dispositivo: *Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.*

Há, pois, vários outros no mesmo sentido, como os que preveem a intimação das partes para regularizar o erro no preenchimento de guia de custas (art. 1.007, §7º), na instrução irregular de agravo de instrumento (art. 1.017, §3º), a desconsideração ou regularização de erro formal de recurso extraordinário ou de recurso especial, se não reputado grave (artigo 1.029, §3º).

Outra disposição inspirada no princípio da sanabilidade ou do aproveitamento máximo dos atos processuais, e também no da primazia da resolução do mérito, é a do parágrafo único do art. 932, que estabelece que *Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.*

No mesmo sentido, dispositivo que merece aplausos e transcrição integral é o que prevê a intimação da parte para sanar vícios como o não recolhimento ou insuficiência de preparo recursal:

*Art. 1007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno. [...]*

*§2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. [...]*

*§4º O recorrente que não comprovar, no ato da interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.*

*§5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º. [...]*

*§7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.*

## **2.7. Do Princípio da Concentração dos Atos Processuais**

Por fim, uma rápida menção ao princípio da concentração dos atos processuais, também consagrado pelo novo CPC, que passou a orientar a concentração dos atos processuais em contestação, dispensando-se a formalização de incidentes e constituição de autos apartados para os seguintes temas:

- 1) arguição de incompetência relativa (artigos 64, 65 e 337, II);
- 2) impugnação a pedido de Justiça Gratuita (artigo 100);
- 3) impugnação ao valor da causa (arts. 293 e 337, III);
- 4) reconvenção (artigo 343);
- 5) arguição de falsidade (artigo 430).

Neste sentido, determina o novo CPC que:

*Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.*

*Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: ...*

*II – incompetência absoluta e relativa;*

*III – incorreção do valor da causa;*

*[...]*

*XIII – inderida concessão do benefício de gratuidade de justiça.*

*Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.*

*Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.*

### **3. Da conclusão**

Como visto, a Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 é iniciada pelo Livro I, que trata das Normas Processuais Civis, dedicando o seu Título Único às Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, onde expressamente menciona alguns princípios processuais, dentre os quais os de ordem constitucional.

Não se trata, pois, de uma enumeração taxativa, porque ao logo de todo o diploma Processual Civil outros há que o inspiram.

Os princípios processuais podem ser classificados como constitucionais, também chamados de fundamentais ou gerais, aqueles expressamente previstos na Constituição Federal (princípio do devido processo legal, da igualdade de tratamento – isonomia, da publicidade, do direito da ação, da inadmissão da prova ilícita, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da imparcialidade do juiz, da duração razoável do processo...), e os infraconstitucionais, que são os previstos nas normas infraconstitucionais, como os encontrados no Código de Processo Civil, e determinam diretrizes específicas dessa matéria jurídica (princípio da verdade formal, da disponibilidade, do impulso oficial, do livre convencimento motivado, da instrumentalidade, dispositivo, da persuasão racional – livre convencimento motivado, da oralidade, da boa-fé, da cooperação etc.).

Este breve trabalho, contudo, teve como finalidade destacar determinados princípios processuais contidos no CPC/2015, alguns dos quais surgiram no sistema processual a partir dele.

## Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único: São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil, artigo que integra a obra *Novo Código de Processo Civil – Principais Alterações do Sistema Processual Civil*, coordenada por SARRO, Luís Antônio Giampaolo. São Paulo: Ed. Rideel, 2016, 2<sup>a</sup>. Edição.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários Advocatícios, da Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Volume 2, Salvador. Editora Juspodivm, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3<sup>a</sup> edição, 2<sup>a</sup> tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTANA, Alexandre Ávalo; NETO, José de Andrade. *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Volume 1, Campo Grande. Editora Contemplar, 2015.

SARRO, Luís Antônio Giampaolo. *Novo Código de Processo Civil – Principais Alterações do Sistema Processual Civil*. 2<sup>a</sup> edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Rideel, 2016; *Honorários Advocatícios, da Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Volume 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2015; *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Volume 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015

SILVA, Cláudio Aparecido Ribas da; TRESCA, Maurício Conde. Negócios processuais e seguro, in *Aspectos Jurídicos do Contrato de Seguro – Ano VI*, organizadores Angélica Carlini e Pery Saraiva Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

# Lei nº 13.709/2018 - é hora de prevenir

Maria da Gloria Faria\*

Henrique Alberto Faria Motta\*\*

**Resumo:** A Lei Geral de Proteção de Dados<sup>1</sup> - LGPD – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, entrará em vigor em agosto de 2020. São previstos impactos nas práticas e operações da atividade seguradora e, quanto mais cedo começarem os investimentos e ações das empresas para alcançarem conformidade e evitarem as vultosas multas previstas, melhor será. A atividade seguradora depende, absolutamente e sem exagero, de informação e sua captação e tratamento deverão acompanhar a preocupação com a privacidade, a proteção e, a segurança. Várias empresas de grande porte já iniciaram os projetos de mapeamento dos seus processos, políticas e tecnologias existentes.

**Abstract:** Law 13.709/2018 - General Data Protection Law – GDPR - will be enforced by August, 2020. It's foreseen impacts on the insurance companies practice and operation activities, and the sooner the investments and actions take place, the better. Insurance activity depends, absolutely, any exaggeration apart, on information and the capture and treatment of data must follow the concerns with privacy, protection and security. Many large companies have already initiate projects on mapping their processes, policies and technologies.

**Palavras-chave:** Proteção de dados pessoais, dados sensíveis, conformidade, privacidade, segurança da informação.

**Keywords:** Personal data protection, sensitive data, conformity, privacy, information security.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Adaptação e conformidade. 3. Dados como

---

\* Advogada, pós-graduada em Direito Empresarial pela UCAM, IAG Master em Seguros – PUC RJ – Conselheira e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Brasil (2018/2020), Organizadora da RJS, Sócia do escritório Motta, Soito & Sousa Advocacia Empresarial.

\*\* Advogado, vice-presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Brasil, Sócio fundador de Motta, Soito & Sousa Advocacia Empresarial.

insumo da atividade seguradora. 4. Dados sensíveis. 5. Seguro Saúde e Seguro de Vida. 6. Adequações e mudanças. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados<sup>1</sup> – LGPD -, Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, entrará em vigor em agosto de 2020. A partir de então, todas as pessoas físicas ou jurídicas, no Brasil, que coletam e tratam dados pessoais<sup>2</sup>, deverão passar a fazê-lo em conformidade com a referida norma. A LGPD veio estabelecer regras sobre a coleta de dados pessoais, a transparência no seu tratamento e ainda o *direito de esquecimento* pressuposto para as situações previstas com a eliminação das informações.

Ainda que o *deadline* para a aplicação da lei pareça distante, não se pode perder de vista que é grande o número de medidas a serem implementadas para a conformidade necessária ao pleno atendimento da norma.

## 2. Adaptação e conformidade

A elaboração de um programa de conformidade, com previsão de políticas corporativas adequadas, contratação ou expansão de recursos de tecnologia da informação, treinamento do profissional que preencherá função até então inexistente - o encarregado - e dos colaboradores, para adoção das novas práticas, demandará esforço financeiro e lapso temporal significantes.

O comprometimento da cúpula das empresas bem como o envolvimento de todas as áreas do negócio será indispensável, restando claro não estarem circunscritos às áreas de TI e de *compliance* os novos processos e práticas a serem agregadas.

A preocupação com a privacidade, a proteção, e a segurança no adequado tratamento dos dados pessoais, em todos os momentos de seu trânsito, nos programas e sistemas internos e externos, não se limitará aos dados digitais, mas deverá, também, estender-se às informações que se encontrarem em documentos físicos. Boa parte

---

1-Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida por Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

2-Qualquer informação relacionada a uma pessoa natural, que possa ser identificada a partir dos dados coletados.

das mudanças e do aperfeiçoamento a serem implementados diz respeito à segurança da informação, uma das áreas mais afetadas.

### **3. Dados como insumo da atividade seguradora**

A atividade seguradora depende, absolutamente e sem exagero, de informação. São as informações fornecidas pelo segurado, sobre o objeto, pessoa ou atividade a serem objeto e cobertura, que permitem a elaboração dos seguros e outros produtos comercializados pelo setor. Com base nos dados sobre o risco a ser coberto, as circunstâncias que o cercam e todas as suas interligações, é que se torna possível a aplicação do cálculo atuarial para a avaliação da possibilidade de cobertura, a aferição do custo total e a determinação do preço final do prêmio.

Dados são o insumo básico do seguro, a matéria prima que viabiliza a atividade, a subscrição dos produtos de proteção que o setor oferece. Para que se possa melhor avaliar a importância dos dados e sua aplicação estatística para a atividade, vale ressaltar que riscos novos ainda não mensurados em sua incidência e espectro de dano, dificilmente poderão ser segurados. Uma forma de contornar as dificuldades locais é, o que muitas vezes ocorre, a utilização da experiência internacional, sempre guardadas similaridades concretas.

Entretanto, já há algum tempo vem se agravando, entre nós, a preocupação com a captação e o tratamento de dados. Tornou-se usual sermos instados a fornecer informações pessoais detalhadas em situações corriqueiras, como no check-in em hotéis, compras de vestuário, inscrições em congressos e eventos, e outros.

Na União Europeia, as medidas regulatórias para conter e responsabilizar a exigibilidade do fornecimento de dados pessoais são bem anteriores a nossa lei nº 13.709/2018. A primeira diretiva europeia é de 1995 e seu aperfeiçoamento veio com a promulgação do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD – em 15 de abril de 2016 e que entrou em vigor em maio de 2018.

### **4. Dados sensíveis**

A LGPD conceitua dado pessoal sensível no inciso II do artigo 5º, como aquele *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.*

Os dados pessoais sensíveis mereceram uma sessão específica na referida que se estende do artigo 11 ao 13, tendo ainda o artigo 14 dedicado aos dados pessoais de crianças e adolescentes<sup>3</sup>, que só poderão ser coletados e tratados *com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.*

## 5. Seguro Saúde e o Seguro de Vida

A assimetria de informação, no seguro, foi sempre terreno fértil para discussões do ponto de vista técnico, econômico e jurídico, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Essa característica manifestava-se então, relativamente ao segurado, no pouco que este percebia dos cálculos aplicados à elaboração dos valores

---

3-Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

cobrados pelo seu seguro de automóvel, residência ou assistência à saúde. De parte da seguradora, esta dependia, quase exclusivamente, do *animus* do contratante para obter dados concretos e verídicos sobre o risco a ser coberto. O conhecimento das condições em que se encontra o bem, sua localização exata, os riscos que o ameaçam são, na maioria das vezes, de conhecimento exclusivo do segurado. No caso do seguro de vida e do seguro saúde, também é o proponente que detém as informações sobre as patologias que, eventualmente, possui e as circunstâncias de sua saúde, que deve declará-las quando da contratação.

O tempo e os avanços da tecnologia tiveram uma ação positiva sobre a assimetria de informação, vindo a diminuir a distância que separa a seguradora do seu segurado. Para tanto, muito veio a contribuir uma coleta de dados mais assertiva e uma transparência maior das práticas e princípios técnicos do seguro saúde, previamente e quando da contratação, como hoje ocorre. O resultado é uma avaliação mais justa e uma composição mais técnica do preço a ser cobrado (prêmio).

Os dados fornecidos pelo proponente diretamente ou por meio do corretor para a contratação de um seguro saúde, ou de um seguro de vida, são essenciais para a correta avaliação de custos de agravamento como na questão de doenças genéticas ou pré-existentes, e o consequentemente afastamento de fraudes<sup>4</sup>.

A partir de agosto de 2020, novos cuidados se farão necessários para a captação e tratamento de dados sensíveis nos ramos vida e de assistência saúde, ainda que o inciso II, do §4º, do artigo 11, excepcionalize a comunicação e compartilhamento de dados no caso de *necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde complementar*.

Vale lembrar que a necessidade das operadoras de assistência à saúde não as exime do respeito ao *princípio da finalidade* que determina que *o uso de dados pessoais deve-se destinar única e exclusivamente para os fins para os quais foram coletados*<sup>5</sup>.

---

4 - LGPD - Art. 11 O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses [...] §4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com o objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses de: [...] II – necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar.

5 - Mario Viola e Leonardo Heringer Matos – Revista Jurídica de Seguros nº 09, pag.55.

## 6. Adequação e mudanças

Dependendo do porte, objeto social e atual nível de internação de tecnologia, a empresa deverá submeter-se a maiores ou menores níveis de adaptação que irão desde a criação de políticas adequadas e regras mais rígidas para a segurança da informação e *compliance*, até o aperfeiçoamento e redirecionamento de práticas e regulamentos já existentes.

Várias empresas de grande porte já iniciaram seus projetos de mapeamento dos processos existentes, das políticas e das tecnologias que sofrerão os impactos da lei para delinear as novas regras e práticas em conformidade com a LGPD.

A lei definiu que as empresas deverão contar com três funcionários especificamente alocados para o atendimento da norma: o Controlador, o Operador e o Encarregado. Os dois primeiros deverão manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que efetuarem podendo inclusive vir a ser exigido *relatório de impacto à proteção de dados pessoais* pela autoridade nacional (ainda a ser criada)<sup>6</sup>. Mais especificamente o controlador será responsável por decidir o que será feito com os dados, enquanto a responsabilidade do operador será a do tratamento desses dados. Por sua vez, o Encarregado pelos dados pessoais tem, dentre as suas atribuições, a recepção e a prestação de esclarecimento quanto a reclamações, a recepção de comunicações da autoridade fiscalizadora e a orientação aos colaboradores sobre as práticas e rotinas para o tratamento de dados<sup>7</sup>.

## 7. Conclusão

A conformidade com as disposições da lei já vem sendo considerada como condição de sobrevivência frente à possibilidade de aplicação de multas vultosas<sup>8</sup>. A sistematização da informação e a classificação dos dados, repete-se, serão indispensáveis, visto que pela primeira vez entre nós uma norma vem dispor especificamente sobre captação e coleta de dados sensíveis com obrigatoriedade, agora, de tratamento especial.

---

6 - Art. 37 e 38 da Lei nº 13.709/2018.

7 - Art.41 e incisos da Lei nº13.709/18.

8 - As sanções previstas vão desde advertência a multas diárias e multas simples que podem atingir o valor de até R\$50 milhões por infração. (LGPD Art. 52 e incisos)

Certamente os impactos nas práticas e processos internos tendem a ser maiores em pequenas e médias empresas, algumas das quais ainda possuem pouca ou nenhuma política autorregulatória de dados pessoais.

Com amplo espectro de aplicação a LGPD alcança não só os novos modelos de negócios estruturados no ambiente da tecnologia, *startups*, *insurtechs*, e outras, mas, também, os tradicionais com práticas consolidadas, e já regulados. A norma privilegia as ações e medidas preventivas o que, indiretamente, propiciará um maior controle na gestão do negócio e uma mais acurada e também constante avaliação de riscos.

Quem avaliar como ainda longínqua a data da aplicação da lei poderá se surpreender. O tempo disponível antes da entrada em vigor da LGPD poderá, dependendo das características da empresa, mostrar-se exíguo para que ocorram e se solidifiquem as mudanças em todas as áreas impactadas. Vale ressaltar que a mudança de cultura é lenta, e é nesse espaço da empresa onde se entrincheiram as resistências mais difíceis de serem ultrapassadas.

Mais que nunca vale o velho ditado: é melhor prevenir; e a hora é agora.

# Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD

Angélica Carlini\*

**Resumo** – O artigo analisa aspectos prioritários da Lei nº 13.709, de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD. Analisa, ainda, aspectos da referida lei que têm relacionamento com a Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A abordagem estabelece um diálogo entre o campo de aplicabilidade das duas leis, e reflete sobre possíveis conflitos e formas de solução que poderão ser viabilizadas.

**Abstract** – The article analyzes priority aspects of Law no. 13.709, from 2018, the General Data Protection Act or LGPD. It also analyzes aspects of said law that are related to Law n. 8.078, of 1990, the Code of Consumer Protection. The approach establishes a dialogue between the applicability of the two laws and reflects on possible conflicts and forms of solution.

**Palavras-chave** – Lei Geral de Proteção de Dados. Direito do Consumidor.

**Key-words** – General Law of Data Protection. Consumer Law.

**Sumário** – 1. Introdução. 2. Fundamentos e Aplicação da Lei nº 13.709, de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. 3. Fundamentos jurídicos para utilização do Direito do Consumidor e da Lei nº 13.709, de 2018. 4. Artigos da Lei 13.709, de 2018 que mantém expressa relação com o Direito do Consumidor. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

---

\* Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela PUC/RS. Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História. Graduada em Direito. Sócia-Diretora de Carlini Sociedade de Advogados. Docente em cursos de Pós-Graduação em Direito na PUC/RS, Escola Paulista de Direito e Universidade Metodista de Piracicaba. Docente na Universidade Paulista – UNIP e na Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Diretora da Associação Internacional de Direito do Seguro – Gestão 2018-2020. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica de Seguro da CNseg.

## 1. Introdução

A utilização de tecnologia de informação é realidade do mundo contemporâneo e seu uso, em escala cada vez maior, tem sido responsável pelo surgimento de novos problemas no campo da precaução e prevenção de danos. Os dados pessoais e aqueles sobre hábitos de consumo e de rotinas de vida, gostos e projetos pessoais e profissionais não são apenas objeto de curiosidade, mas constituem-se em fonte de lucratividade para diversos fornecedores de serviços e produtos. A captação, organização, manipulação e utilização desses dados são, na vida contemporânea, área relevante para as empresas que, com o uso desses dados, criam e disponibilizam produtos e serviços mais específicos para atender as peculiaridades dos consumidores. Criam, também, novas necessidades de consumo a partir da análise sistematizada dos dados obtidos e da publicidade veiculada a partir desses estudos.

Bancos, seguradoras, entidades financeiras, serviços de saúde, educação e outras áreas empresariais utilizam amplamente tecnologia digital e, por isso, captam e organizam expressiva quantidade de dados para desenvolverem suas atividades específicas. Não há dúvida de que esses dados se constituem em parte importante do patrimônio das empresas que as utilizam; patrimônio que vai se tornando, por vezes, tão ou mais importante que os ativos imobilizados.

A atividade empresarial, no Brasil, tanto em fornecimento de produtos como em prestação de serviços, incorporou com velocidade e em grande escala o uso de tecnologia. Por isso, a quantidade de pessoas que compram ou contratam on line é cada vez maior, e a tendência é que essa modalidade de acesso ao consumo continue crescendo. Cada compra ou transação on line demanda o fornecimento de dados pessoais como endereço, número de cartão de crédito, número de telefone, dados de coleta obrigatória pelo serviço fiscal do país. E todos esses dados são capazes de colocar em risco seus titulares se ocorrer o uso indevido.

A responsabilidade das empresas pelos danos que podem ocorrer em razão da captação, arquivamento e utilização de dados pessoais cresce na mesma proporção do crescimento da utilização das novas tecnologias. Essa responsabilidade decorre dos possíveis danos materiais e imateriais provocados por falhas no armazenamento, utilização e vazamento de dados, ou da coleta indevida, ou, ainda, como consequência da interrupção de serviços em razão da apropriação

indevida dos dados. Esse último caso tem como exemplo típico o uso de cartões de crédito. Quando os dados são capturados por criminosos especializados nessa modalidade, ocorre a utilização para compras não autorizadas pelo titular que, por sua vez, fica privado do uso do cartão de crédito em decorrência do vazamento de dados.

O risco de vazamento de dados, ou de utilização indevida vem se tornando tão frequentemente relevante que obriga os Países a construírem sistemas legais de prevenção, precaução e punição, como ocorreu na União Europeia, em 2018, com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados. No Brasil, foi aprovada a Lei nº 13.709, de 2018, que entrará em vigor em 2020, e que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A nova lei ingressará no cenário brasileiro em meio a outros dispositivos que cuidam de temas correlatos como, por exemplo, a Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet; o Decreto nº. 8.771, de 2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet; o Decreto nº. 8.777, de 2016, que institui a Política de Dados Abertos do Governo Federal, e outros textos de lei, que embora não visassem com exclusividade à proteção de dados, cumpriam o papel de proteção, mesmo que de forma indireta ou, principiológica.

É o que ocorre, ainda, com a Lei nº 8.078, de 1990, - o CDC, que foi construída a partir de princípios que podem ser aplicados a diferentes formas de prestação de serviços ou de fornecimento de produtos, exatamente para viabilizar sua própria e permanente atualização, uma vez que os princípios são mais fluidos, flexíveis, de forma a poderem ser aplicados a diferentes situações ao longo do tempo. Nesse prisma, a proteção dos consumidores em relação a proteção de seus dados era uma prática consolidada no Brasil, com a aplicação de princípios do CDC.

O presente artigo tem por objetivo analisar aspectos da lei de proteção de dados brasileira à luz da defesa do consumidor expressa na Lei nº 8.078, de 1990, e eventuais conflitos de aplicabilidade das leis que venham a surgir, nos casos concretos a serem solucionados no futuro, quando ambas estiverem concomitantemente em vigor.

## **2. Fundamentos e Aplicação da Lei nº 13.709, de 2018 – a Lei Geral de Proteção de Dados**

A lei brasileira de proteção de dados foi aprovada em 18 de agosto de 2018 e recebeu o número 13.709. Em 27 de dezembro de 2018 foi modificada pela Medida Provisória 869 que, além de promover alterações, também criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Essa Lei nº 13.709/18, conforme consta expressamente de seu artigo 3º, foi criada para ser aplicada a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional, e a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou, ainda, que os dados pessoais objetos do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Como já se enfatizou, o campo de aplicação da lei é amplo e inclui inúmeras atividades empresariais praticadas no Brasil, em especial atividades financeiras, de bancos, de seguros, de crédito, entre outras modalidades de prestação de serviços. Também as atividades empresariais de fornecimento de produtos, em especial as compras e vendas *on line* serão reguladas por esse instrumento normativo. E sendo de largo espectro o campo de aplicabilidade da lei, é necessário que os estudos sejam rigorosos para garantia de hermenêutica e aplicação corretas, sob pena de essa norma vir a se constituir em lei que cria conflitos, e não que os soluciona. Para isso, é relevante que o intérprete e aplicador estejam atentos aos fundamentos da lei e à sua interpretação sistemática.

Os fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) adotada no Brasil estão expressos no artigo 2º e são, essencialmente, o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A LGPD está colocada no ordenamento jurídico nacional entre dois fundamentos constitucionais da maior relevância, como ela própria menciona: o primeiro, a proteção da dignidade da pessoa

humana expressa como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III; e o artigo 218, que determina que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Assim, se é dever do Estado promover o desenvolvimento científico e tecnológico ao mesmo tempo em que protege a dignidade da pessoa humana, a LGPD transita entre dois traços aparentemente antagônicos (limites para atuação e incentivo para desenvolvimento tecnológico), mas compatíveis com a complexidade da vida contemporânea, cujos desafios para o direito são inesgotáveis. Estão presentes na LGPD, ainda, os fundamentos constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, expressamente citados no inciso VI, do artigo 2º do texto legal mencionado.

E essa menção expressa impõe a reflexão sobre a interpretação e aplicação da LGPD à luz da proteção do consumidor expressa, principalmente, mas, não somente, pela Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

### **3. Fundamentos jurídicos para utilização do Direito do Consumidor e Lei nº 13.709/18, sem antinomia**

O século XX viu surgir o fenômeno das leis especiais para proteção das diversas categorias de vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, consumidores, portadores de deficiência e proteção de mulheres vítimas de violência, entre outros exemplos. Dos códigos para as leis especiais, a trajetória do direito brasileiro visou, apenas, atender o contexto histórico de uma sociedade hipercomplexa que, ao longo daquele século e já no início do XXI, organizou-se de formas muito diferentes daquelas que haviam sido praticadas anteriormente, passando a exigir normas mais específicas que pudesse contemplar as peculiaridades dos novos relacionamentos sociais e jurídicos na família, no âmbito do trabalho, nas formas de expressão e comunicação, no avanço tecnológico, entre tantas outras facetas plurais que poderiam ser tratadas.

Nesse contexto, os intérpretes e aplicadores do direito buscaram alternativas para evitar as antinomias e, consequentemente, conflitos de aplicação das leis. Foi nesse debate que a teoria do *diálogo das fontes* se tornou conhecida no Brasil.

Para a Prof.<sup>a</sup> Dra. Cláudia Lima Marques<sup>1</sup>:

*Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.*

(...)

*A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI. Método é caminho. Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa.*

*É possível afirmar que hoje, sem sombra de dúvida, esta expressão visionária de Erik Jayme, “diálogo das fontes”, foi recebida pelo direito brasileiro. Presente, seja na doutrina, seja na prática de nossas lides judiciais encontra-se assimilada pela jurisprudência, dos Juizados Especiais até as mais altas Cortes, desde a pioneira decisão da ADI nº 2591, a qual considerou constitucional a aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e outros serviços financeiros, de crédito e securitários.*

A Prof.<sup>a</sup> Dra. Cláudia Lima Marques é considerada a precursora no Brasil da teoria do “diálogo das fontes”, que foi bem aceita por estudiosos de direito do consumidor e por magistrados. No âmbito dos civilistas e dos estudiosos de análise econômica do direito, no entanto, existem consistentes críticas à teoria que, em princípio, teria sido criada para atender a necessidade de adequar a legislação nacional dos países

---

1 - MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). *Diálogo das Fontes. Do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-20.

membros da União Europeia às normas de direito comunitário. Nessa hipótese, se justificaria a necessidade de *diálogo entre as normas de cada país-membro e as fixadas pela União Europeia*. Além dessa situação específica, entendem que não há fundamento para aplicação da teoria do diálogo das fontes, para aplicar, concomitantemente, institutos legais diversificados para garantir a melhor proteção possível para as partes vulneráveis, na solução do caso concreto.

Apesar das críticas, a *teoria do diálogo* das fontes tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros. Prova disso é que existem dois recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, de 2010 e de 2013, que mencionam esse conceito<sup>2</sup>. Existem, ainda, 31 acórdãos e 2.201 decisões monocráticas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que fazem referência expressa a teoria do *diálogo das fontes*.

Assim, a LGPD é uma lei que nasce no ordenamento pário com o objetivo de proteger a utilização de dados pessoais, o que será feito de forma concatenada com a proteção do consumidor nos moldes determinados pela lei especial, o CDC, que, por vezes, poderá até prevalecer sobre a lei especial de proteção de dados, se o intérprete e aplicador do direito concluir que dessa forma o consumidor estará mais amplamente protegido. Também poderá ocorrer que sanções previstas no CDC venham a ser aplicadas a situações ocorridas no campo da LGPD, seja por falta de previsão específica, ou por ser a previsão da defesa do consumidor mais eficaz para atingir o objetivo sancionatório pretendido pelo aplicador no caso concreto sob sua análise.

Em razão da possibilidade de aplicação da teoria do *diálogo das fontes* no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados aprovada no Brasil, é necessário analisar algumas situações objetivas em que a proteção do consumidor poderá ser invocada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

---

2-REsp 1272827 / PE RECURSO ESPECIAL 2011/0196231-6, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25.05.2013, DJe 31/05/2013, RDTAPET vol. 38 p. 227.

RTFP vol. 114 p. 373. REsp 1184765 / PA RECURSO ESPECIAL 2010/0042226-4, relator Ministro Luis Fux, julgado em 24.11.2010. DJe 03/12/2010, DECTRAB vol. 198 p. 27, RSTJ vol. 221 p. 247.

#### **4. Artigos da Lei nº 13.709/18, com expressa relação com o Direito do Consumidor**

Ao analisar o texto da LGPD é possível identificar vários artigos que aproximam a proteção de dados da proteção do consumidor. Alguns exemplos:

##### **a. Artigo 1º, inciso VI**

**Tema** - Fundamentos da proteção de dados pessoais – (...) *defesa do consumidor*.

**Comentário** – A defesa do consumidor é fundamento da lei de proteção de dados o que determina, de forma expressa, a necessidade de harmonizar *tratamento de dados* com os *fundamentos da defesa do consumidor*. Na aplicação ao caso concreto, deverão ser considerados ambos os dispositivos e, se eventualmente a aplicação do CDC for mais benéfica à vítima que a aplicação da LGPD, a primeira deverá ter prioridade. Caso não haja maior benefício na aplicação do CDC, lei especial de proteção do consumidor, prevalecerá a LGPF, lei especial de proteção de dados.

##### **b. Artigo 3º, Inciso II**

**Tema** – Define o campo de aplicação da lei como sendo aquele da atividade de tratamento que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional.

**Comentário** – A expressão *bens* não é própria do Direito do Consumidor brasileiro que prefere utilizar *produtos*, justamente para diferenciar de *bens* que é a expressão preferencialmente utilizada pelo Código Civil. Apesar da diferença de terminologia, não há dúvida de que as operações de consumo (oferecimento de produtos e/ou serviços) estão reguladas pela lei de proteção de dados que a elas deverá ser aplicada.

##### **c. Artigo 7º, inciso X**

**Tema** – Restrição da aplicação do tratamento de dados às hipóteses relacionadas no artigo e, menciona expressamente: *para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente*.

**Comentário** – Proteção do consumidor nas relações de crédito é um dos aspectos regulados expressamente pela Lei nº 8.078, de 1990, o CDC, e também por outras leis de proteção aos consumidores de crédito (cadastro positivo, entre outras).

Assim, quando se tratar de proteção de dados nas relações de crédito em que uma das partes for um consumidor, deverá ser avaliada a aplicação da LGPD e, eventualmente, do cabimento de aplicação do CDC concomitantemente ou, ainda, preferencialmente se regular a situação de forma mais protetiva para o consumidor.

#### **d. Artigo 8º, caput e Parágrafo 1º**

**Tema** – Consentimento por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular, e cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

**Comentário** – Consentimento e destaque de cláusulas contratuais, quando estas tratarem de assunto que signifique restrição de direitos ou informação essencial, são princípios expressos da Lei nº 8.078, de 1990, em especial nos artigos 6º; 8º e 10; 12 e 14; 18 e 20; 30, 31, 33, 34 e 35; 36; 46 (a ineficácia das disposições contratuais não informadas em relação ao consumidor); 51 (abrangência do conceito de cláusula abusiva para atingir aquelas que não foram satisfatoriamente informadas ao consumidor); 52 e 54 (deveres pertinentes à informação nos contratos).

Bruno Miragem<sup>3</sup> ressalta que:

*Dentre os direitos positivados pelo CDC, é o direito à informação um dos que maior repercussão prática vai alcançar no cotidiano das relações de consumo. (...) o direito à informação apresenta sua eficácia na imposição aos fornecedores em geral de um dever de informar. Em nosso direito, o desenvolvimento do dever de informar, por marcada influência do direito europeu, decorre do princípio da boa-fé objetiva.*

O tratamento de dados de cadastros de crédito na Lei nº 8.078/90<sup>4</sup>,

---

3 - MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

4 - Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores:

por exemplo, estabelece a obrigatoriedade de informação prévia ao consumidor, as fontes pesquisadas para obtenção dos dados e, que sejam apresentados de forma objetiva, clara, verdadeira e com linguagem de fácil compreensão. Estabelece o CDC ainda, limite temporal para as informações negativas que não poderão ser disponibilizadas por prazo superior a 05 (cinco) anos.

Existem conflitos de interpretação sobre o limite temporal, quase sempre para discussão de prazos mais benéficos aos interesses do consumidor. Também existe discussão doutrinária no Brasil sobre a formação e utilização do cadastro positivo de dados de crédito e a garantia da efetiva proteção do consumidor, o que permite afirmar que na aplicação da LGPD serão levados em conta todos esses textos

---

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

legislativos, ou seja, o CDC e a lei do cadastro positivo (Lei nº 12.414, de 2011), bem como mudanças que vierem a ser aprovadas nessas leis.

A diversidade de textos legais que podem ser aplicados a situações concretas semelhantes, sinaliza que é recomendável que as seguradoras obtenham o consentimento de seus consumidores, previamente, para realizarem o tratamento de dados por meio eletrônico. As informações sobre a forma como os dados serão utilizados deverá estar contida em box específico, alocado na proposta, e mencionado nos contratos de seguro.

É fundamental que a proposta de seguro informe o consumidor que, uma vez aprovada a proposta e gerado o contrato de seguro, seus dados serão armazenados e tratados pela seguradora em conformidade com o que determina a lei de proteção de dados. Aliás, a própria LGPD estabelece no artigo 8º, § 2º, que o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na lei será do controlador, ou seja, do fornecedor do produto ou do serviço, que nos contratos de seguro será o segurador.

Assim, é importante obter o consentimento prévio e informado, razão pela qual a existência de um box na proposta cumprirá o papel de chamar a atenção do consumidor para esse tema específico e determinante para que a operação de tratamento de dados seja realizada de forma legalizada.

#### **e. Artigo 9º, caput**

**Tema** – Facilidade de acesso às informações e forma como as informações deverão ser disponibilizadas.

**Comentário** – Esse artigo 9º segue a mesma linha adotada pelos artigos 43 e 44 da Lei nº 8.078/90, o CDC, conforme salientado no comentário ao artigo 8º. Determina que o titular de dados tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso (...), e especifica sete incisos que contém normas de proteção.

A terminologia utilizada na LGPD é bastante semelhante àquela do CDC, e isso está longe de ser coincidência. É a afirmação clara de que o titular de

dados é considerado parte vulnerável da relação com o controlado e, nessa condição, deve ser protegido de todas as formas, principalmente, aquelas que possam impedir danos como é o caso específico do fornecimento de informações sobre dados armazenados e tratados.

#### **f. Artigo 11, parágrafo 4º e incisos I e II**

**Tema** – Dados sensíveis – regula como deverá ser obtido o consentimento do titular; a vedação de compartilhamento para dados de saúde; portabilidade dos dados sensíveis referentes à saúde; e, necessidade de comunicação para prestação de serviços de saúde suplementar.

**Comentário** – As restrições contidas no artigo se referem exclusivamente a dados sensíveis.

Nuno Saldanha<sup>5</sup> ao definir dados sensíveis no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, afirma:

*Estamos a referir dados pessoais que, pela sua natureza, são especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, pelo que o tratamento desses dados pode implicar riscos significativos para esses mesmos direitos e liberdades. Nos termos do artigo 9º (do regulamento europeu) são dados especiais, e por isso é proibido o tratamento dos dados: que revelem origem racial, étnica, opiniões políticas, convicções religiosas, convicções filosóficas, filiação sindical, dados genéticos para identificar de forma inequívoca uma pessoa, dados biométricos para identificar de forma inequívoca uma pessoa, relativos à saúde, relativos à vida sexual ou a orientação sexual.*

Segundo Laura Schertel Mendes<sup>6</sup>, a diferenciação da categoria de dados sensíveis já havia sido consagrada no Convênio 108, editado pelo Conselho Europeu, em 1981 e contemplava *os dados pessoais relativos a origem racial, saúde, vida sexual e condenações penais (...).*

Trabalhar com dados sensíveis na área de saúde suplementar muitas vezes é essencial para que a prestação de serviços seja realizada com

---

5 - SALDANHA, Nuno. *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados. O que é? Como se aplica? Como implementar?* Lisboa: FCA Editora, 2018, p. 35.

6 - MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas Gerais de um novo direito fundamental.* S.Paulo: Saraiva, 2014, p. 72-73.

eficiência. Para realizar diagnósticos corretos os médicos, muitas vezes, precisam conhecer dados sensíveis como, por exemplo, preferências sexuais dos pacientes. Esses dados são parte do prontuário médico, mas poderão ser partilhados com a operadora, caso seja necessário aprovar guias de exame ou realização de procedimentos cirúrgicos, por exemplo. Comum da prática médica é a necessidade de conhecer a religião do paciente, para saber se ele consente ou não em que se proceda a realização de transfusão de sangue.

Viabilizar de forma objetiva a informação para o usuário do plano de saúde, para obter seu consentimento informado é fundamental para as operadoras de saúde e para todos os demais prestadores de serviços em saúde, como hospitais, clínicas, laboratórios e outros. Há responsabilidade solidária entre eles, e os contratos firmados entre as operadoras e seus prestadores de serviços deverão conter cláusulas específicas para o compartilhamento de dados sensíveis, a informação sobre as condições de segurança que serão adotadas e, principalmente, as formas pelas quais serão realizadas as fases de coleta, armazenamento e compartilhamento de dados sensíveis, com a caracterização das responsabilidades que cada prestador assume em cada uma das diferentes fases do processo.

Nesse aspecto, a implantação de programas de *compliance* confiáveis e eficientes em todas as empresas que atuam em rede na área de saúde suplementar é fundamental para minimizar e gerenciar riscos.

#### **g. Artigo 14, caput e parágrafo 1º**

**Tema** – Tratamento de dados de crianças e adolescentes.

**Comentário** – A lei específica de proteção de crianças e adolescentes é a Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - que define criança a pessoa até doze anos de idade, e adolescente, aquele entre doze e dezoito anos. Na proteção de dados, o consentimento para dados relativos a crianças deverá ser *específico e em destaque*.

O tratamento de dados de crianças e adolescentes deverá ser orientado pelo cumprimento dos mesmos princípios anteriormente tratados, ou seja, informação clara e objetiva e, consentimento expresso dos pais ou responsáveis, recomendado que, em caso de pais separados, ambos sejam informados e manifestem seu consentimento.

## **h. Artigo 18, inciso V**

**Tema** – Possibilidade de o titular dos dados pessoais ter direito de obter *portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e, respeitados os segredos comercial e industrial.*

**Comentário** – Neste ponto, a lei tem forte correlação com o direito do consumidor porque utiliza a expressão *fornecedor de serviço ou de produto*, o que caracteriza objetivamente uma relação de consumo. Também há correlação com o direito de propriedade industrial e direito autoral, que protege os titulares de patentes, marcas ou de propriedade intelectual. Há, sem dúvida, caminho aberto para a prática do *diálogo das fontes*, de forma a buscar a aplicação da lei que mais especificamente protege os interesses dos consumidores em relação a dados pessoais.

Não será raro encontrar situação em que se aplique texto da LGPD e sanção prevista no CDC, sem que isso caracterize nenhuma anomalia jurídica.

## **i. Artigo 18, parágrafo 8º**

**Tema** – Proteção do consumidor para obter confirmação, acesso, correção, anonimização e portabilidade de seus dados perante o controlador. E, também, para o exercício da defesa desse direito perante os organismos de defesa do consumidor.

**Comentário** – O Sistema Nacional de Proteção do Consumidor é composto pela Secretaria Nacional de Direito do Consumidor (SENACON), pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), PROCONS (municipais e estaduais), e entidades civis de proteção e defesa do consumidor. Determina a LGPD que para o caso específico de obtenção, pelo titular, da confirmação da existência de dados para acesso, correção, anonimização e portabilidade de dados, os órgãos de proteção e defesa do consumidor poderão atuar.

O titular da responsabilidade de receber o pedido do titular de dados é a *autoridade nacional*, sendo que os organismos de defesa do consumidor *também poderão exercer esse papel*. É possível interpretar o dispositivo legal no sentido restritivo, ou seja, há prioridade para a apresentação do pedido perante a *autoridade nacional*, e somente depois disso é que os órgãos de defesa do consumidor poderão ser acessados.

Em outras palavras, somente após a *autoridade nacional* ter sido acionada pelo titular dos dados e, por qualquer razão, não ter agido em conformidade com a lei nesse atendimento, é que poderão ser acessados os órgãos integrantes do sistema de defesa do consumidor. O contrário dessa interpretação é negar validade ao princípio da eficiência, previsto expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, porque será possível atribuir o mesmo dever ao Estado por meio de dois órgãos diferentes, o que, certamente, implicará em uso excessivo dos recursos públicos, além da possibilidade de surgimento de conflitos de interpretação sempre desgastantes para a administração pública.

### j. Artigo 22

**Tema** – Possibilidade de defesa dos interesses e direitos dos titulares de dados em juízo, individual ou coletivamente.

**Comentário** – As ações coletivas<sup>7</sup> para defesa de interesses individuais homogêneos estão disciplinadas no capítulo II da Lei 8.078/90 (CDC); e também na lei de ação civil pública e outras que regulam os interesses individuais coletivos e transindividuais no Brasil. O CDC, no artigo 82, determina quem são os legitimados para propor as ações<sup>8</sup>.

---

#### 7-CAPÍTULO II Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei. Parágrafo único. (Vetado).

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

8-Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)(Vide Lei nº 13.105, de 2015)(Vigência)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda

**Comentário** – As demandas coletivas para proteção de interesses transindividuais serão a ferramenta preferencialmente utilizada em caso de vazamento de dados coletivos, e quase sempre por iniciativa do Ministério Público Federal. A proteção e defesa do consumidor será o fundamento legal dessas ações, quando o vazamento tiver origem em práticas de fornecedores de produtos ou serviços. A defesa de direitos por ações coletivas, assim como a aplicação de danos morais coletivos, são temas que ganham vulto no Brasil contemporâneo e merecem estudo detalhado.

São, no entanto, uma tendência consolidada em vários países e, por certo, ganharão maior prática no Brasil com o passar do tempo.

## **11. Seção III – DA RESPONSABILIDADE E DO RESSARCIMENTO DE DANOS**

**Tema** – Responsabilidade e Ressarcimento de Danos.

**Comentário** – Obriga a reparação por parte do controlador

---

que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

ou do operador de tratamento de dados pessoais, no âmbito individual e coletivo, para danos patrimoniais e extrapatrimoniais, somente pela *violação à legislação*, o que pode ser compreendido como *responsabilidade objetiva e solidária entre controlador e operador*.

O parágrafo 2º do artigo 42 da LGPD determina a possibilidade de *inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados*, direito que foi implementado no Brasil pelo CDC, no artigo 6º, inciso VIII<sup>9</sup>, bem como no artigo 373, parágrafo 1º e 3º da Lei nº 13.105, de 2015, o Código de Processo Civil<sup>10</sup>. A inversão do ônus da prova tem sido largamente utilizada no Brasil em processos judiciais movidos por consumidores.

O parágrafo 3º da LGPD trata de ações de reparação por danos coletivos, que poderão ser tanto materiais como morais, porque já existem precedentes no Judiciário brasileiro para os danos morais coletivos que são destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), regulamentados no Brasil pelos Decreto nº 1.306 de 1994 e, pela Lei nº 9.008 de 1995 que criou o Conselho Federal Gestor do FDD.

---

#### 9 - Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

#### 10 - Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A determinação do parágrafo 4º da LGPD assemelha-se àquela contida no parágrafo único do artigo 13 da Lei 8.078/90<sup>11</sup>, ambas no sentido de que aquele que reparar o dano terá direito de regresso contra os responsáveis. Essa determinação contribui para definir como *solidária* a responsabilidade entre *controladores e operadores*, nos moldes do que já ocorre no CDC entre os diferentes envolvidos na cadeia de consumo (fabricante, varejista, distribuidor, entre outros).

O objetivo é que ocorra a reparação dos danos o mais rápido possível e que, posteriormente, os fornecedores discutam entre si a proporção dos danos ou, ainda, a responsabilidade exclusiva de um deles. É assim que ocorre no âmbito da defesa e proteção do consumidor e, ao que tudo indica, se dará da mesma forma no âmbito da proteção de dados pessoais.

O artigo 43 da LGPD reproduz quase integralmente o disposto no parágrafo 3º, do artigo 12 da Lei nº 8.078, de 1990<sup>12</sup> . Assim, ficarão isentos de responsabilidade, e do dever de indenizar, os agentes de tratamento de dados pessoais quando não tiverem realizado o tratamento de dados; quando tiverem realizado, porém não tenha ocorrido nenhuma violação da lei ou, ainda, quando o dano for decorrente, de forma exclusiva, do comportamento da vítima. É importante destacar que essas são as mesmas hipóteses que isentam de responsabilidade os fornecedores de produtos no âmbito do CDC.

---

11 -Lei nº 8.078, de 1990 – Artigo 13. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

12- Artigo 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O artigo 44 da LGPD, por sua vez, está redigido de forma assemelhada à redação do parágrafo 1º do artigo 14 da Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor<sup>13</sup>. Assim, o tratamento de dados será considerado irregular nas mesmas condições em que um serviço prestado ao consumidor é considerado defeituoso, ou seja, levando-se em conta o modo como é realizado; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado, mormente porque essas técnicas tendem a ser modificadas em período de tempo muito curto.

O parágrafo único do artigo 44 da LGPD é um princípio que se estende a todas as situações de tratamento de dados pessoais contempladas pela lei. De fato, em todas as circunstâncias, o controlador e o operador, de forma solidária e objetiva, responderão pelos danos decorrentes da *ausência de medidas de segurança na operação de coleta e tratamento de dados*. Embora colocado no parágrafo único do artigo 44 da LGPD, esse princípio é fio condutor de toda a lei.

## **12. Artigo 45 da seção III – DA RESPONSABILIDADE E DO RESSARCIMENTO DE DANOS**

**Tema** – Violação de direitos dos consumidores por vazamento de dados no âmbito das relações de consumo.

**Comentários** – Os consumidores não são os únicos que correm riscos de danos em decorrência de vazamento de dados, mas no sistema econômico contemporâneo, são os que mais correm riscos. Quase todas as relações que utilizam dados pessoais são de caráter consumerista, em especial para compra e/ou contratação de produtos e/ou serviços, quando não de produtos e serviços na mesma relação de consumo, como acontece, por exemplo,

---

13-Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

na compra de um *smartphone* cujo serviço será prestado por uma operadora de telefonia celular específica.

Toda e qualquer compra e/ou contratação de produtos e/ou serviços exige fornecimento de dados (nome, endereço, número de documentos, gênero, filiação, estado civil, entre outros), razão pela qual é compreensível que o assunto tenha sido tratado com especial ênfase na proteção do consumidor.

A *legislação pertinente* a que se refere o artigo 45 da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD é o Código de Defesa do Consumidor, e eventuais leis especiais que venham a ser aprovadas com a mesma finalidade, ou seja, a proteção do consumidor.

Isso significa que o Sistema Nacional de Direitos do Consumidor, representado pela SENACON, em especial os PROCONS municipais e estaduais, terão poder para atender reclamos do consumidor no que se refere a danos de que tenham sido vítimas em razão de vazamento de dados. Nesse caso, os controladores e operadores poderão ser multados.

Também o sistema CONSUMIDOR.GOV poderá receber reclamações dos consumidores nos casos de vazamento de dados. Para efeito de cobrança de indenização, no entanto, somente o Poder Judiciário poderá atuar.

Nos casos de vazamento coletivo de dados o Ministério Público também poderá atuar, seja para requerer a indenização por danos coletivos, seja para requerer a sanção para aplicação de multa.

### **13. Artigo 52, parágrafo 2º**

**Tema – Sanções Administrativas**

**Comentário** – O artigo 52 da LGPD tem semelhança com o disposto no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor<sup>14</sup>.

---

14 - Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

Algumas sanções são comuns a ambos os textos, como é o caso da multa. A publicização da infração, no entanto, foi adotada para o CDC como medida de constrangimento em razão da natureza da relação jurídica.

De fato, qual o consumidor que se sente seguro em formalizar uma relação jurídica com fornecedor que tenha sido obrigado a fazer contrapropaganda? E qual o consumidor que se sente tranquilo em formalizar relação jurídica com varejista que tenha sido obrigado a publicizar a infração recebida por vazamento de dados? O constrangimento, nesses casos, poderá atuar como fator determinante para maiores investimentos em segurança de dados, e para boa prestação de produtos e serviços.

É muito importante consignar que o parágrafo 1º do artigo 52 da LGPD poderá se tornar completamente estéril se não ficarem estabelecidas, de forma clara, as regras do procedimento administrativo. Esse é um dos maiores problemas que os fornecedores de produtos e serviços enfrentam, no âmbito dos procedimentos administrativos nos Procons municipais e estaduais. Não existem regras uniformes de procedimento (contagem de prazos, intimação de audiências, apresentação de documentos, entre outros), que são aspectos essenciais para a garantia da ampla defesa, e para a concretização do devido processo legal e, ainda, para evitar o aumento da litigância judicial.

É essencial que a AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS estabeleça as regras do processo administrativo de forma clara e objetiva. Aliás, é papel da administração pública agir com eficiência, conforme princípio constitucional já mencionado.

- 
- V - proibição de fabricação do produto;
  - VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
  - VII - suspensão temporária de atividade;
  - VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
  - IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
  - X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
  - XI - intervenção administrativa;
  - XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

O parágrafo 2º determina que o disposto no artigo 52 da LGPD não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas em legislação específica o que, de forma objetiva, parece permitir que o *controlador e/ou operador de dados seja punido pela LGPD e pelo CDC, ao mesmo tempo e em razão do mesmo ilícito.*

Essa interpretação não poderá ser acolhida, porque contraria o princípio da legalidade, da motivação, da proporcionalidade e da razoabilidade, todos princípios constitucionais de direito administrativo.

#### **14. Artigo 55-K, parágrafo único**

**Tema** – Competência para aplicação da lei.

**Comentário** – Este artigo 55-K determina que a aplicação das sanções previstas na lei competirá exclusivamente à AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, o que contraria expressamente o disposto no parágrafo 2º do artigo 52.

De fato, o texto do parágrafo 2º do artigo 52 da LGPD, ao determinar que a aplicação das sanções previstas naquele artigo não elimina outras sanções decorrentes de legislação específica, atribuiu, por exemplo, aos PROCONS, a legitimidade para também aplicar sanções em casos de vazamento de dados pessoais. Em conformidade com o que determina o artigo 55-K, a exclusividade é da ANPD e, quando se trata de *exclusividade*, não se admite que outro órgão possa pretender exercer concomitantemente a aplicação de sanções.

A melhor interpretação a ser adotada é a da exclusividade da AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS para aplicar as sanções previstas na LGPD e, caso comprovadamente essa autoridade se omita ou se furte ao cumprimento de seu dever legal, os consumidores poderão invocar a tutela do Estado por meio dos órgãos de proteção e defesa do consumidor.

#### **5. Conclusão**

As primeiras discussões sobre uma lei geral de proteção de dados, no Brasil, foram realizadas com objetivo de proteger o consumidor, considerado naquele momento como principal vítima dos vazamentos de dados coletivos e individuais, em especial no sistema bancário e financeiro. Os primeiros estudos sobre a lei surgiram no âmbito do

sistema nacional de defesa do consumidor, e de lá ganharam vigor no debate institucional, porque os danos com vazamentos de dados se tornaram realidade em todas as áreas econômicas e começaram a representar relevantes prejuízos também para as empresas e órgãos públicos.

Não há dúvida sobre o fato de que é preciso reforçar os mecanismos de segurança e, para que esse objetivo se cumpra, a legislação é aliada importante porque, além de regular e estabelecer critérios, também fixa as sanções que serão aplicadas e estimula comportamentos adequados ao regramento.

Ao analisar o texto da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e do Código de Defesa do Consumidor – CDC, é possível constatar real proximidade de princípios, medidas sancionatórias e objetivos legislativos entre as leis, e isso é positivo, porque garante homogeneidade entre quando for necessária a aplicação concomitante, ou a utilização de conceitos de ambas as leis. Por outro lado, é causa de preocupação no âmbito das atividades empresariais que ocorra excessiva proteção dos direitos do consumidor, caracterizando o fenômeno denominado de *protecionismo*, que coloca em risco a estrutura necessária para a atividade empresarial, que é fundamental para a República Federativa do Brasil, conforme texto do artigo 1º da Constituição Federal.

É imprescindível que toda a atividade empresarial adote mecanismos eficientes para a proteção de dados de seus consumidores, de forma a garantir proteção para as operações de fornecimento de produtos e serviços, e que existam sanções a serem aplicadas quando ocorrerem vazamento de dados e danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. No entanto, é fundamental que os consumidores se mostrem ativos na proteção de seus dados, evitando compartilhamentos indevidos, seguindo rigorosamente as instruções dos fornecedores, protegendo adequadamente senhas e informações que lhes cumpram gerenciar.

Supor que textos de lei sejam suficientes para organizar a sociedade em momento de tanta complexidade, com forte impacto social e econômico do uso de novas tecnologias e meios de comunicação, é irreal. Os textos de lei são parte da proteção, mas, sem nenhuma dúvida, não são os únicos instrumentos de proteção.

Empresas e consumidores devem ser protagonistas de ações que tenham por objetivo a proteção de dados pessoais, de forma a construir um diálogo contínuo e produtivo que poderá contribuir

decisivamente para o aprimoramento dos mecanismos de proteção e prevenção de danos.

## 6. Referências Bibliográficas

MARQUES, Cláudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. In MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). *Diálogo das Fontes. Do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas Gerais de um novo direito fundamental*. S.Paulo: Saraiva, 2014.

SALDANHA, Nuno. *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados. O que é? Como se aplica? Como implementar?* Lisboa: FCA Editora, 2018.





# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

# **Suicídio. O verbete da súmula nº 610 do STJ e o julgamento do Recurso Especial nº 1.334.005 de 2015 que lhe deu origem. Questões não mostradas nos julgados**

**Ricardo Bechara Santos\***

**Resumo:** Origem da Súmula 610 e o consequente cancelamento da súmula nº 61. Devolução da reserva técnica formada com redução correspondente aos riscos decorridos que não o de suicídio. Nota sobre os seguros de vida por acumulação e por repartição simples e a reserva matemática. O suicídio não é acidente pessoal. Surgimento da redação do artigo 798 do Código Civil e os debates subsequentes.

**Abstract:** Origin of the Precedent 610 and the consequential cancellation of precedent number 61. Return of the technical reserve formed with a reduction corresponding to the risks other than that of suicide. Note on life insurance by accumulation and the simple apportionment and mathematical reserve. Suicide is not a personal accident. The emergence of the wording of Article 798 of the Civil Code and subsequent debates

**Palavras-chave:** Suicídio. Prazo de carência. Critério objetivo. Premeditação. Involuntariedade. Reserva matemática. Devolução proporcional. Aumento do capital segurado. Morte natural e accidental. Dolo.

**Keywords:** Suicide. Grace period. Objective criteria. Forethought. Involuntariness. Mathematical reservation. Proportional return. Increase in insured capital. Natural and accidental death. Willful intent.

**Sumário:** 1 - Considerações sobre o julgamento. 2 - Breve explicação sobre os regimes de capitalização/acumulação e de repartição simples e a reserva matemática. 3 - Porque o suicídio não é acidente. 4 - Precedentes históricos suplementares sobre a concepção do artigo 798 do código de 2002 e as controvérsias que se seguiram logo após a sua vigência. 5 - Referências.

---

\* 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.

## 1 - Considerações sobre o julgamento

Finalmente, passados mais de três anos a contar do julgamento do REsp nº 1.334.005 em 15 de abril de 2015 e mais de dezesseis anos da entrada em vigor do Código Civil de 2002, converteu-se em súmula do STJ o tão debatido tema do suicídio no seguro de vida no período de carência de dois anos, embora já tenha sido consolidado na jurisprudência da Corte, no sentido de prevalecer o critério objetivo traçado pelo artigo 798 do Código Civil<sup>1</sup> resultante do Substitutivo de FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>2</sup>, conforme decisão da Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do acima citado Recurso Especial. Nesse, por 7x1, vencido o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, foi consagrado, *tollitur quaestio*, o entendimento sumular espelhado na recém-editada Súmula nº 610 do STJ<sup>3</sup>. Pacificou-se, assim, o entendimento de que havendo suicídio no período de carência, premeditado ou não, liberada estará a seguradora do pagamento do capital segurado, devendo apenas devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica que tiver sido formada. Não sem lembrar que tal reserva apenas costuma ser formada nos seguros constituídos pelo regime de capitalização ou acumulação, mais comum nos seguros de vida individual, já que nos seguros constituídos sob o regime de repartição simples, como soe ocorrer nos seguros de vida em grupo, sem resíduo de prêmios a restituir, não costuma haver formação de reserva. É dizer, inexistindo reserva técnica formada (*reserva matemática*), não terá o segurador que devolver prêmios arrecadados, até porque, em tal ocorrendo, restaria violado o princípio fundamental da mutualidade, dentre outros.

---

1 - Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. *Parágrafo único.* Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

2- Comparato, Fábio Konder - Autor do substitutivo ao anteprojeto do CC/2002 para a vigente redação do artigo 798. Em *O Seguro e o Novo Código Civil*, Pedro Alvim, pág.189, editora Forense Rio.

3 - Súmula 610 - O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.

De outra parte, ficou consignado no julgamento que, ocorrendo o suicídio depois do prazo de carência, devido será o pagamento do capital segurado aos beneficiários mesmo diante da prova mais cabal de premeditação, embora do ponto de vista doutrinário pudesse ser discutível o suicídio comprovadamente premeditado, doloso. Eis que, consoante o artigo 762<sup>4</sup> do Código Civil no seu sistema de vasos comunicantes, o ato doloso do segurado não poderia juridicamente gerar direito ao capital estipulado, sabido mais que, sendo o seguro contrato aleatório e, por isso, contrato de risco, o sinistro, evento futuro e incerto, não poderia se compadecer com uma ocorrência que tenha data marcada e carregada de intenções ilícitas. Nada obstante a Súmula, embora apenas se refira ao suicídio ocorrido no período de carência, nada dizendo sobre o suicídio ocorrido fora dela, põe a pá de cal na discussão, já que teve por base o citado acórdão exarado no REsp nº 1.334.005 de 2015.

Realmente, enquanto no período de carência haja uma presunção absoluta de voluntariedade do autocídio, fora da carência a presunção de involuntariedade seria relativa. Acresça-se que a Comissão de Medicina de Seguro da FENASEG exarou Parecer científico no qual, depois de fundamentadas considerações médico-legais, concluiu-se que:

*o suicídio em regra é ato voluntário, e que jamais poderia ser qualificado como doença, muito menos como acidente pessoal, posto que lesão auto provocada, intencional, assim definida e classificada internacionalmente, tampouco como evento súbito, onde tempo, espaço e circunstâncias se confluem, e suas origens estão, incontestavelmente, ligadas a transtornos psiquiátricos prévios e identificáveis.*

Argua-se, apenas para argumentar – já que aspecto superado pela decisão da 2<sup>a</sup> Seção do STJ que gerou a Súmula em comento, mas aqui registrado apenas como fato histórico e para mostrar as renúncias e sacrifícios de fundamentos em prol da pacificação da matéria, *pro societatis* – que a premeditação não pode, nem deve, ser considerada somente no momento da celebração do contrato, também no ato do sinistro, pois o dolo, ato de premeditação, consoante o artigo 762 do CC, nulifica o contrato de seguro tanto no antecedente quanto no consequente, até porque o seguro é contrato de trato sucessivo e de execução continuada. Em que pese a superação da matéria pela decisão

---

4- Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

ora examinada, não seria demasiado registrar, só para argumentar, que mesmo se o segurado, ultrapassando a carência, nunca tenha tido a ideia de se matar, venha depois premeditar a sua própria morte contrariando fundamentos do contrato de seguro, que não seria lícito com tal ato de premeditação gerar ao seu beneficiário algum direito ao recebimento do capital segurado.

Com efeito, mesmo desafmando tais regras, o Código Civil de 2002 estabelecerá um critério objetivo negociado, na fase de sua tramitação no Congresso Nacional, visando a eliminar as enormes dificuldades na liquidação de um sinistro em que o segurado suicidou-se:

*houve o suicídio na carência, premeditado ou não, por presunção absoluta o capital não será devido, apenas a devolução da reserva matemática caso existente e proporcionalmente correspondente à cobertura de suicídio, pois qualquer outro sinistro, que não o suicídio, ocorrido na carência estaria coberto (ao contrário dos seguros estruturados no regime de capitalização, como já dito, a reserva matemática inexiste nos seguros realizados por regime financeiro de repartição simples), entretanto, se o evento se der após a carência, o capital seria devido, por presunção relativa.*

Todavia, a hipótese de negativa do capital se o suicídio ocorrer depois da carência com premeditação, por mais sustentável que possa ser, é, como visto, questão superada pela Súmula. Não obstante, se houver um aumento considerável do capital segurado, mesmo a despeito de já haver transcorrido a carência inicial, abre-se a contagem de nova carência com relação ao valor do capital segurado majorado. Importante também assinalar que, em decorrência do novo verbete sumular, restou cancelada a vetusta Súmula nº 61<sup>5</sup> do mesmo Tribunal, que restringia a excludente apenas ao suicídio premeditado ou voluntário.

O novo enunciado prevê que o suicídio não terá cobertura nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, como corolário de entendimentos consolidados nos julgamentos, e que serve de orientação para toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça Infraconstitucional do País. O enunciado, que recebeu o número 610, tem redação, clara e indiscutível. Não toca, portanto, na premeditação ou não do suicídio depois da carência, mas, como visto, matéria ultrapassada.

---

5 - Súmula 61 - o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

Na mesma sessão, que aconteceu em 25 de abril de 2018, a 2<sup>a</sup> Seção cancelou a referida *Súmula* nº 61.

Rememorando o julgamento do REsp nº 1.334.005, que deu origem à edição da *Súmula* nº 610 em comento e consequente cancelamento da *Súmula* nº 61, afetado pela 3<sup>a</sup> Turma, de relatoria do Ministro SANSEVERINO (vencido), oportuno destacar os votos vencedores do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, já proclamando entendimento firmado pela 2<sup>a</sup> Seção do STJ que *o suicídio dentro do prazo de carência não dá direito a seguro de vida*.

Naquela oportunidade, a 2<sup>a</sup> Seção do STJ decidiu, como dito, por sete votos a um, que a seguradora não tem obrigação de pagar o capital segurado em face de suicídio cometido dentro do prazo de carência de dois anos da assinatura do *contrato* de seguro de vida, qualifique-se ou não o suicídio. A enorme maioria dos ministros (todos menos um) entendeu que o dispositivo do Código Civil que trata do tema traz critério temporal objetivo, que não dá margem a interpretações subjetivas quanto à premeditação ou à boa-fé do segurado, sendo que nos primeiros dois anos de vigência da apólice, *cobertura há para outros tipos de morte, mas não para o suicídio*, afirmou a Ministra ISABEL GALLOTTI, autora do voto condutor da decisão e que por isso foi designada relatora para o acórdão. A ministra explicou que, ao contrário do Código revogado de 1916, não há, no novo CC, referência ao caráter premeditado ou não do suicídio. Para a ministra, a intenção do legislador foi justamente evitar a difícil prova de premeditação e os costumeiros desgastes que acabavam se instaurando entre o segurador e a família enlutada do segurado que se matou. Mas ponderou, no entanto, que após o fim do prazo de dois anos, ocorrendo o suicídio, não poderá a seguradora se eximir do pagamento do seguro, por mais evidente que seja a premeditação.

Pensamos que, nesse ponto, o entendimento da Corte não fora o mais correto, também porque o contrato de seguro, a rigor, não poderia se compadecer com sinistros intencionais do segurado, sabendo-se mais que a violação ao princípio da boa-fé que caracteriza visceralmente o contrato de seguro, não poderia nem deveria ser alforriada se materializada na vigência do contrato, em qualquer de seus momentos, mesmo depois de um período de carência.

Sublinhamos no voto da Ministra ISABEL GALLOTTI, a expressão *cobertura há para outros tipos de morte, mas não para o suicídio*, com

o propósito de ponderar que a reserva técnica que tiver sido formada há de se submeter, na devolução ao beneficiário, a uma proporcional redução em face de o segurador, no período de vigência do seguro – que também compreende o período de carência –, ter dado cobertura a outros riscos e eventos que não o de suicídio, como, por exemplo, o de acidentes pessoais, invalidez, morte natural por diversas causas, entre outros. Razão pela qual não seria justo, nem legítimo, pena de enriquecimento sem causa, deixar de fazer jus à retenção da parcela do prêmio correspondente a tais coberturas distintas da do suicídio, cabendo ao segurador, com auxílio de seus atuários, separar o joio do trigo.

Já o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, cunhou no seu voto a afirmação de que *Nós não negamos que o suicídio decorre de uma crise mental, mas o que não pode é isso causar uma crise no sistema securitário.* E alertou que *Vamos ter pessoas que não constituíram o mínimo de reserva gerando pagamento de valores para os beneficiários.* O texto legal tem um critério objetivo, não traz nem sequer discussão sobre o ônus da prova da premeditação. Esse critério foi abandonado pelo legislador, assim defendendo a tese vencedora, mas dando também uma clara declaração de voto no sentido de que *seria incabível devolução de prêmio nos seguros em que o segurado não constituiu o mínimo de reserva* (regime financeiro de repartição simples).

O Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (vencido no julgamento de 2015) votou para que fosse mantida a tese firmada em abril de 2011, no julgamento do Ag 1.244.022, contrária à que agora prevaleceu. Naquela ocasião, por seis votos a três, a Seção havia definido que, em caso de suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, a seguradora só estaria isenta do pagamento se comprovasse que a contratação foi premeditada por quem já pretendia se matar e deixar o capital segurado para os beneficiários. Nesse julgamento de 2011 o segurado contratou seguro de vida no valor de R\$ 303 mil em 19 de abril de 2005, vindo a cometer o suicídio apenas 25 dias depois, período tão curto, aliás, que nem tempo de formação de eventual reserva haveria. Em 1º grau, o juiz entendeu que não havia o direito ao valor do seguro, mas sua sentença foi reformada por decisão do TJ/GO esta que, via Recurso Especial, chegou ao estuário do STJ dando azo às sucessivas decisões de que ora se conhece.

Só que o entendimento que restou vencido, já era natimorto, superado pela rememoração histórica que remonta aos tempos em

que transcorreram os debates do anteprojeto que se converteu no Código atual, restando vencedor o estudo de FÁBIO KONDER COMPARATO, que sugeriu uma alteração, substancialmente aclamada e convolada no atual artigo 798 do Código, precedida de consolidada e fundamentada justificativa exatamente no sentido finalmente percebido e compreendido no julgamento do REsp nº 1.334.005 em 15 de abril de 2015 e agora na dicção da Súmula nº 610, abandonando-se, assim, a orientação que se queria do CC de 1916, segundo a qual, na carência, somente o suicídio dito voluntário ou premeditado, poderia ser negado pelo segurador, dando lugar ao critério objetivo defendido por COMPARATO em seu pacificador e exitoso Substitutivo aprovado pelo Congresso de então. Isto é, havendo suicídio na carência, premeditado ou não, indevido será o pagamento do capital segurado, por isso de há muito e logo no limiar da vigência do então novo Código Civil, já deveria ter sido cancelada a vetusta Súmula nº 61, porque, desde a consagração do Substitutivo de FÁBIO COMPARATO, o legislador tomou posição clara, irretorquível, insofismável, ao não fazer qualquer menção à voluntariedade ou premeditação do suicídio, motivado, como dito, no propósito de acabar com os desgastes e contendas que na época se estabelecia entre o segurador e os familiares do segurado que deu cabo a sua própria vida.

E o art. 798 do Código - que resultou do Substitutivo vencedor de FÁBIO COMPARATO, pelas mais comezinhas regras de interpretação sistemática em face dos demais dispositivos do Código que delinearam os fundamentos do seguro, em que pese a decisão do STJ que gerou a Súmula em comento - já deixava espaço, e largo, para a não cobertura do suicídio, mesmo involuntário, mormente no seguro de acidentes pessoais, no período de carência, pois não faria sentido que o dispositivo em causa tivesse o propósito de contrariar a base do contrato de seguro cunhada pelo mesmo legislador, no mesmo sistema de vassouras comunicantes em que consiste o Código Civil.

## **2 - Breve explicação sobre os regimes de capitalização/acumulação e de repartição simples e a reserva matemática**

Vimos que a Súmula nº 610 do STJ, de acordo com o artigo 798 do CC, diz que, havendo suicídio no período de carência, a seguradora, exonerada do pagamento do capital segurado fica, no entanto, obrigada a restituir ao beneficiário o montante da reserva matemática que tiver

sido formada, como também vimos que essa reserva técnica somente é acumulada nos seguros de vida individuais (artigo 796 do CC)<sup>6</sup> constituídos pelo *regime de capitalização*. Sabido mais que, nos seguros de vida constituídos pelo *regime de repartição simples* (seguros de vida em grupo), inexiste reserva formada. Vale, portanto, uma breve consideração a respeito desses dois regimes de seguro e a reserva matemática.

Quer nos parecer claro que o legislador, ao determinar a *devolução da reserva técnica já formada*, tenha tido em mira o seguro de vida individual contratado sob o *regime de capitalização*, porquanto é neste regime que se pode falar em reserva por acumulação individualizada, onde existe uma reserva tangível para esse fim, considerando que no *regime de repartição* o que pode existir, quando muito, é um resíduo do período anual de vigência do seguro, que é devolvido aos segurados e ou ao estipulante sob a forma de *excedente técnico*. E isto porque, nesse regime o prêmio costuma acompanhar o risco passo a passo, como mais ou menos sucede, guardadas suas devidas proporções, no seguro social operado pelo INSS, onde o regime é de *repartição simples*, por isso que demanda um orçamento a cada ano para fazer face aos gastos do período, porque não há um acompanhamento positivo da receita com as despesas. Já no *regime de capitalização*, o segurador prevê sobre para compromissos futuros, daí porque o prêmio (nivelado) é sempre maior que no regime de repartição.

Em seu livro pelo qual comenta o artigo 796 PEDRO ALVIM<sup>7</sup>, não sem antes afirmar, categoricamente, que *no seguro em grupo não há formação da reserva técnica, em virtude de sua renovação periódica*, de certo modo também comunga com tal entendimento, ao dar razão à Federação Nacional de Seguros Privados e Capitalização - FENASEG, quando esta afirmara, na discussão do Anteprojeto, que *o artigo não pode ser aplicado ao seguro de vida em grupo, em razão das características dessa modalidade. Não se poderá tirar do segurador o direito de cobrar os prêmios não pagos pelo estipulante, direito que toda legislação específica concede, indo, até mesmo, à faculdade de o segurador exercitar ação criminal por*

---

6 - 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.

7 - Alvim, Pedro. *O Seguro e o Novo Código Civil*. Editora Forense Rio.

*apropriação indébita contra o estipulante, quando este se torna depositário infiel dos prêmios.*

Infere-se do parágrafo único do dispositivo citado (artigo 796 do CC) a ocorrência de duas figuras conhecidas do seguro, que cabe uma vez mais repetir: a do *resgate* e a do *saldamento*. Na primeira das duas opções dadas ao segurador em caso de inadimplência do segurado para com o prêmio, ou seja, a de resolver o contrato com a restituição da reserva já formada opera-se, por consequência o *resgate* antecipado; já na segunda opção opera-se o *saldamento*, que significa o *direito à redução proporcional do capital segurado, com base no prêmio pago, na eventualidade de interrupção definitiva do pagamento dos prêmios*. Nessa mesma linha de raciocínio seguiu o legislador ao editar o artigo 798 do Código, ao referir-se à devolução da reserva técnica formada em caso de suicídio no período de carência.

Na *reserva matemática* constituída nos seguros de vida à base de acumulação, destaca-se o fato de que o risco, no seguro de vida, vai se agravando com o tempo e a necessidade de se fixar um prêmio que conserve igual valor ao longo da duração do contrato muitas vezes vitalício, fazendo com que o segurador perceba, nos primeiros tempos, um prêmio tecnicamente maior em relação ao risco que corre. Sua acumulação e as rendas que produzam serão aplicadas para compensar o prêmio menor, que tecnicamente se pagará nos últimos tempos do contrato, justo se prevendo a menor capacidade econômica e financeira do grupo envelhecido pela vergasta do tempo. Este capital de acumulação e seus rendimentos se denominam “*Reserva Matemática*”, e a lei determina, nos casos especificados, a sua devolução, não só na hipótese do artigo 796, como também nas dos artigos 797<sup>8</sup> e 798, como já se disse. A reserva matemática, portanto, é a reserva típica dos seguros de vida celebrados sob regime de capitalização.

O Dicionário de Seguro da FUNENSEG, na sua versão revista e atualizada (3<sup>a</sup> edição - 2011), define a Reserva Matemática das seguradoras, hoje denominada Provisão Matemática, como a “Provisão do ramo Vida Individual constituída com o diferencial positivo do prêmio puro nivelado, deduzido do prêmio puro de risco. A Provisão Matemática é a diferença entre os valores atuais dos compromissos do

---

8 - Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. *Parágrafo único.* No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.

segurador para com os segurados, e os destes para com o segurador. Em última análise estas provisões são depósitos geridos pelo segurador por conta dos segurados. A Provisão Matemática também é constituída pelas Entidades de Previdência Privada, tanto abertas quanto fechadas". E desdobram-se em *Provisão Matemática de Benefício a Conceder, de Benefícios Concedidos, Carregada, Descontada, Inicial, Inteira, Média, Modificada, Prospectiva, Retrospectiva, Terminal e Zillmerada*, esta última assim chamada porque modificada por um atuário alemão do século IX, chamado AUGUSTUS ZILLMER<sup>9</sup>.

Bem compreenderam essa lógica do seguro de vida os Senhores Ministros integrantes da *Segunda Seção* do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.569.627 - RS, em 22/02/2018, conduzidos pelo voto vencedor em relatoria da Eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, cuja ementa elucidativa segue adiante transcrita:

RECURSO ESPECIAL N° 1.569.627 - RS (2011/0149190-1)

RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

.....

#### EMENTA

CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. INCIDÊNCIA DO CDC NÃO AFASTA APLICAÇÃO DE NORMAS ESPECÍFICAS. CÓDIGO CIVIL E REGULAMENTAÇÃO PELA SUSEP. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CARÁTER TEMPORÁRIO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE RESERVAMATEMÁTICA. SISTEMA FINANÇEIRO DE REPARTIÇÃO SIMPLES. CLÁUSULA DE NÃO RENOVAÇÃO. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento

---

9 - Zillmer, Algustus - Atuário alemão do século IX. Dicionário de Seguro da FUNENSEG, na sua versão revista e atualizada (3<sup>a</sup> edição - 2011), no verbete Reserva Matemática.

*do REsp.880.605/RN (DJe 17/9/2012), firmou o entendimento de não ser abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de não renovação automática do seguro de vida em grupo por qualquer dos contratantes, desde que haja prévia notificação da outra parte.*

*2 – À exceção dos contratos de seguro de vida individuais, contratados em caráter vitalício ou plurianual, nos quais há a formação de reserva matemática de benefícios a conceder, as demais modalidades são geridas sob o regime financeiro de repartição simples, de modo que os prêmios arrecadados do grupo de segurados ao longo do período de vigência do contrato destinam-se ao pagamento dos sinistros ocorridos naquele período. Dessa forma, não há que se falar em reserva matemática vinculada a cada participante e, portanto, em direito à renovação da apólice sem a concordância da seguradora, tampouco à restituição dos prêmios pagos em contraprestação à cobertura do risco no período delimitado no contrato.*

*3 – A cláusula de não renovação do seguro de vida, quando facultada conferida a ambas as partes do contrato, mediante prévia notificação, independe de comprovação do desequilíbrio atuarial-financeiro, constituindo verdadeiro direito potestativo.*

*4 – Recurso especial a que se dá provimento.*

### **3 - Porque o suicídio não é acidente**

Aprofundando um pouco mais no tema e já nos prevenindo contra eventual alegação de que, sendo o suicídio, segundo norma do CNSP, caracterizado como acidente pessoal (*norma infralegal essa de todo esdrúxula, contraditória, e que nessa parte não merece ser conhecida*)<sup>10</sup>, não poderia ser alcançado pela carência, nem a estabelecida no artigo 797 (*carência genérica*) nem a disposta no artigo 798 (*carência específica para o suicídio*), ambos do CC, considerando não ser cabível carência para acidentes pessoais.

---

10 - CNSP nº 117/2004: Art. 5º Considerar-se-ão, para efeitos desta Resolução, os conceitos abaixo: I - acidente pessoal: o 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, observando-se que: a) incluem-se nesse conceito: a.1) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a acidente pessoal, observada legislação em vigor (...).

Realmente, na cobertura do seguro de acidentes pessoais – onde o suicídio há de ser naturalmente excluído de cobertura, senão por cláusula expressa e perfeitamente cabível, também por não se enquadrar no conceito de *acidentes pessoais* estabelecido na própria norma do CNSP, esta sim, prevalente – por suas características próprias, não seria adequado o estabelecimento de carência para a cobertura de acidente, na medida em que acidentes acontecem de forma súbita, externa, involuntária, sem que seja possível admitir que a pessoa segurada tenha que domar, evitar ou impedir a ocorrência de um acidente em determinado espaço temporal, a não ser que nesse período se recolhesse em clausura de uma redoma, mas que mesmo assim não estaria livre de um acidente pessoal que, de regra, acontece independentemente da vontade do acidentado, por isso involuntário, como a própria expressão fato acidental sugere, não raro ocorrente por uma ação externa, súbita, involuntária. O que não sucede com o suicídio, cujo ato, não súbito, externo, de natureza voluntária, nasce e se esgota na pessoa do suicida, diferentemente, por exemplo, do homicídio, ato súbito, externo, praticado por ação de terceiro. No suicídio, a única exterioridade admitida seria a decorrente da prática do crime de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio tipificado no Código Penal, já que praticado por terceiro.

Conclui-se, sem esforço de interpretação, que o legislador, ao escrever o art. 798, pretendeu excluir de seu alcance, inclusive do parágrafo único, o suicídio no seguro de acidentes pessoais, coerente com a regra que estabeleceu no dispositivo imediatamente anterior. Tanto que, ao determinar no art. 797 que somente *no seguro de vida para o caso de morte é lícito estipular-se um prazo de carência*, deixou clara a sua inadmissibilidade para os “seguros de acidentes pessoais” (*a propósito, se o suicídio, por absurdo, pudesse ser enquadrado como acidente pessoal, não poderia haver carência, tampouco existir o próprio artigo 798 do Código, que obviamente não pode ser contrariado por ato normativo infralegal de menor estatura, não só pela vedação legal como porque seria impróprio mesmo estabelecer prazo de carência para cobertura de morte acidental*). Logo, criada assim a regra, desnecessário seria repeti-la, sobretudo no artigo imediatamente seguinte, ou seja, a de que qualquer prazo de carência em seguros de pessoa só é válido para os seguros de vida em caso de morte, daí decorrendo que o suicídio, independentemente de carência, é risco que o legislador não veda seja excluído da cobertura do seguro de acidentes pessoais. Mesmo porque, o legislador, no artigo 798 do CC, deu tratamento próprio e específico para o suicídio e sua carência, por isso pouco importa seja enquadrado ou não como acidente pessoal.

O suicídio não se enquadra nem como acidente nem como doença, não é morte natural nem accidental, mas um fato que, a rigor, não deveria merecer a cobertura do seguro, se não pelos já citados dispositivos, também pelo art. 13<sup>11</sup>, do mesmo CC, considerando que este veda, *salvo por exigência médica, o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.* É lógico que o suicídio é a maneira mais extrema de disposição do próprio corpo, quiçá da alma, com diminuição permanente da integridade física, forma eloquente para se exemplificar as hipóteses alcançáveis pelo art. 13, posto que não só diminui como elimina, letalmente, a integridade física, e com forte contrariedade aos bons costumes (*o suicídio contraria inclusive o direito canônico, bem como a doutrina de outras tantas religiões reconhecidas*).

A propósito, como alguém pode condenar-se à morte e ser o próprio carrasco e executor de tão drástica sentença? O suicida não dá direito de defesa à sua vítima – ele próprio – quando está ausente, isto é, fora de si. Na história da humanidade suicídio auto merecido foi o de Hitler... Mas Hitler não faz parte da história da humanidade. Mormente com a lembrança do recente aniversário de 70 anos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Esclareça-se de uma vez por todas que, se o seguro é de *acidentes pessoais*, mesmo que de pessoa, o capital não seria devido porque o suicídio, máxime se voluntário, afronta o conceito de acidente pessoal plasmado em todos os contratos e normas pertinentes, no Brasil e no Mundo, onde se costuma excluir simplesmente o fato do suicídio, qualifique-se-o ou não. Exatamente porque o suicídio não pode ser equiparado a 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 própria Resolução CNSP nº 117/04)<sup>12</sup>.

---

11 - Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. *Parágrafo único.* O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

12 - CNSP 117/2004. Art. 5º Considerar-se-ão, para efeitos desta Resolução, os conceitos abaixo: I - acidente pessoal: o evento com data caracterizada,

Pode-se medir, sem dificuldade, que ao suicídio, mormente premeditado, faltariam os elementos conceituais da *involuntariedade*, *subtaneidade* e *direta exterioridade*, bem como o da *independência de qualquer outra causa*, já que, o *quantum satis*, poderia ser causado por perturbação mental, pela perda do instinto de preservação da vida. Se for *premeditado*, obviamente não é involuntário, até porque praticado pelo próprio paciente, nem mesmo *súbito*, por conseguinte, porquanto ato previamente conhecido do próprio segurado, pois, em regra, o suicídio costuma se relacionar com transtornos prévios e identificáveis, em circunstâncias, portanto, de tempo e espaço. Não é *diretamente externo* porque começa e se esgota na própria pessoa do suicida, salvo quando fatores externos, como os da *instigação*, *auxílio* ou *induzimento* contribuem para o suicídio, que, aliás, são as formas terrenas de punição já que não se pode punir o morto, como crimes capitulados no Código Penal. E aqui, a propósito, deixo à reflexão do leitor sobre se o só fato de se conceder cobertura securitária para o suicídio não seria uma forma de *induzimento*, *auxílio* ou *instigação* ao desiderato do segurado de se matar, pois, quem sabe, não seja a cobertura do seguro um atrativo mesmo – sem o qual o segurado estaria desmotivado ao ato extremo –, um importante fator de induzimento ao suicídio, seja no momento da contratação, seja pela simples lembrança, pelo segurado, da existência de um seguro já antigo, cujo capital, não se olvide, é suscetível de aumento, caso em que esse aumento, mesmo antes ou depois de dois anos, de qualquer forma deveria ser também considerado para efeito da carência.

Chega a ser heresia se afirmar que o suicídio é um acidente pessoal, a começar porque tal importaria premiar o ato, inclusive premeditado, com o pagamento em dobro do capital segurado aos beneficiários (*morte natural e accidental*), em relação à morte natural que só contempla o capital simples.

#### **4 - Precedentes históricos suplementares sobre a concepção do artigo 798 do código de 2002 e as controvérsias que se seguiram logo após a sua vigência**

O art. 798 do CC veio a lume justo para dar uma solução ao tão cavernoso tema do suicídio, visando a eliminar, com critério

---

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 (...).

puramente objetivo, os desgastes que costumavam marcar as relações entre a seguradora e os beneficiários do segurado suicida e sua consequente judicialização. Vale aqui mencionar, *cum grano salis*, a palavra e o testemunho abalizados do inexcedível PEDRO ALVIM<sup>13</sup>, já comentando o Código Civil de 2002, mesmo antes de sua publicação, ainda na forma de Projeto de Lei, porém já a salvo de modificações e com o mesmíssimo texto que foi publicado no Diário Oficial, posto que esse nosso jurista maior do seguro teve a oportunidade de acompanhar de perto a tramitação do projeto que deu origem ao Código, e colaborar de alguma forma com a sua redação, assim se expressando, ao comentar o art. 798, às páginas 188/189 de seu livro, post mortem, organizado e compilado por sua filha ELIZABETH ALVIM BONFIOLI, que me deu a supina honra de prefaciá-lo:

(...) O Código Civil vigente, afinado com a orientação do Projeto de Código de Obrigações, estabeleceu no art. 798 acima, que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida dentro dos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no art. 797, que determina a devolução ao beneficiário da reserva técnica formada (...). Infere-se de sua leitura que o suicídio, seja ele premeditado ou não, esteja o segurado em seu juízo perfeito ou sob forte emoção, não terá cobertura do seguro, se ocorrer no período de carência de dois anos. O beneficiário terá direito apenas a reserva técnica já formada. Se o fato se verificar após esse período, o pagamento do seguro se torna incontestável. Qualquer cláusula da apólice em sentido contrário é fulminada de nulidade (...)

Na página 189 da mesma obra acima citada, o Dr. PEDRO ALVIM traz à colação, a palavra do próprio jurista redator do dispositivo em comento, que deixa estreme de dúvida o propósito da norma, como que de interpretação autêntica, ao justificá-lo, *in verbis*:

(...) O Professor FABIO KONDER COMPARATO assim justificou o dispositivo: Preferimos seguir neste passo o Código Civil Italiano (art. 1927), excluindo em qualquer hipótese o direito ao capital estipulado se o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, e proibindo em contrapartida a estipulação de não pagamento para o caso de o suicídio ocorrer após esse lapso de tempo (...)

*O único fato a ser levado em consideração é, pois, o tempo decorrido desde a contratação ou renovação do seguro, atendendo-se a que*

---

13 - Alvim, Pedro. *O Seguro e o Novo Código Civil*, págs. 188/189, editora Forense Rio, organizado e compilado por ELIZABETH ALVIM BONFIOLI, prefácio de Ricardo Bechara Santos.

*ninguém, em sãº juízo, contrataria seguro com o objetivo de se matar dois anos depois.*

Embora não nos afigure, do ponto de vista estritamente jurídico, a melhor das soluções legislativas (na medida em que o suicídio premeditado jamais deveria merecer a garantia do seguro) a regra claramente plasmada no referido dispositivo legal, é dizer, se o suicídio se deu no período legal de carência de dois anos da vigência inicial do contrato, ou da recondução depois de suspenso, seria o *quantum satis* para se verificar que o beneficiário não teria direito ao capital segurado, mesmo se o ato extremo de auto eliminação da vida não foi premeditado, pouco importando se na conclusão do contrato ainda não tinha sido acometido do germe da premeditação. Em contrapartida, passado o período de carência, pretendera o legislador que o capital segurado deva ser pago sem embargo.

Pela dicção do dispositivo em tela, na época já tendia a prevalecer, embora não a salvo de controvérsias, até como presunção absoluta, o entendimento de que premeditado será todo suicídio ocorrido na carência e, como presunção relativa, o de que involuntário se cometido depois dela. Em que pese haver sinalizado, na primeira década de vigência do CC de 2002, em juízo de admissibilidade do Recurso Especial nº 472.236, a Ministra NANCY ANDRIGHI, ainda que reconhecendo como correta a afirmação da seguradora de que o suicídio fora mesmo premeditado manteve a decisão de procedência da demanda dos beneficiários, por entender que a premeditação referida na então Súmula 61 do STJ seria a existente no momento da conclusão do contrato, e não no da concretização do ato. O que se esperava era que a Ministra reformulasse o seu entendimento mostrando-se a ela o quanto equívocado era, o que acabou acontecendo.

Os entendimentos que se seguiram e que culminaram na novel Súmula nº 610, já iam se mostrando visceralmente discordantes do defendido na época pela Ministra, posto que, levando-se em conta os fundamentos do contrato de seguro, pouco importa não tenha o segurado tido a intenção de matar-se no momento em que celebrou o contrato de seguro, sendo relevante o momento em que levou a cabo a sua premeditação do suicídio. Porque o seguro, na sua qualidade de contrato aleatório, seja de pessoa ou de dano, não se concilia com a ideia de que o próprio segurado possa determinar o sinistro e o momento de sua ocorrência. Assim não fosse, prevaleceria o absurdo entendimento para outros seguros, digamos o de incêndio em que, embora o segurado no ato da contratação não tenha tido naquele

momento a intenção pirotécnica de destruir o seu próprio imóvel, resolvesse fazê-lo depois de vigente o contrato de seguro e por isso sentir-se no direito de receber a indenização!...

Já se percebia que o *suicídio premeditado* – a rigor redundância, posto que em regra voluntário – não raro se reveste de dolo, por isso o art. 762 do Código Civil, vale repetir, diz nulo o contrato de seguro que se filiar a ato doloso do segurado, do beneficiário, ou do representante de um ou de outro, esteja esse dolo no antecedente ou no consequente. Daí penso, também, que o beneficiário que induzir, instigar ou auxiliar o segurado a se matar, perde o direito ao seguro, até por indignidade, neste caso, antes ou depois da carência, tornando assim a cláusula beneficiária em branco, com a consequente aplicação do artigo 792<sup>14</sup> do Código Civil.

## 5 - Referências:

- . Augustus Zillmer
- . Dicionário de Seguro Funenseg - 3<sup>a</sup> edição - 2011
- . Elizabeth Alvim Bonfioli
- . Fábio Konder Comparato
- . Nancy Andrichi (REsp nº 472.236)
- . Paulo de Tarso Sanseverino (Ag 1.244.022-2011. REsp 1.334.005 - 2015 - 2<sup>a</sup> Seção)
- . João Otávio de Noronha (REsp nº 1.334.005 - 2<sup>a</sup> Seção)
- . Maria Isabel Gallotti (REsp nº 1.334.005 - 2<sup>a</sup> Seção. REsp nº 1.569.627 - 2018 - 2<sup>a</sup> Seção)
- . Pedro Alvim

---

14-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.

## **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 destaque 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](http://www.umdoistres.org.br). Acesso em 29 de outubro de 2016.*

**11.** *Os artigos deverão ser enviados para [revistajuridica@cnseg.org.br](mailto:revistajuridica@cnseg.org.br) bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.*

## **PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg**

- 1. The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.*
- 2. The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.*
- 3. All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.*
- 4. All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.*
- 5. The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.*

*Example: MARQUES, Cláudia Lima. Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce). São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.*

*MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. Journal of Courts, vol. 789, 2001, pp. 27-28.*

**6.** All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:

**Doctrine** - 10 to 30 pages

**View** - 05 to 15 pages

**Opinions** - 10 to 30 pages

**Legislation and Commented Jurisprudence** – 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be either indents or spacing, before or after.

**7.** The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.

**8.** Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.

**9.** The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.

**10.** The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.

Example: ALVES, Luis Silva. *The Rights of Insurance in the Contemporary World*. Available in [www.umdoistres.org.br](http://www.umdoistres.org.br) Access in 29 of October of 2016.

**11.** The electronic address **revistajuridica@cnseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.

## 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.”*



Impressão: Suma Económica Gráfica e Editora Ltda.

Capa: papel Ensogloss 250 gramas | Miolo: papel Pólen Soft 80 gramas.