

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVEMBRO 2019

11



REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVEMBRO 2019 - NÚMERO 11



© 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. 11. Rio de Janeiro: CNseg, novembro 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 - email: revistajuridica@cnseg.org.br

Editorial

Acabei de ler o discurso do grande Victor Hugo, proferido por ocasião do centenário da morte de Voltaire. Assim se inicia: “Hoje, há cem anos, morria um homem. Morria imortal.”

Mais adiante, no mesmo discurso, ao tratar dos pensadores que “ensinaram os homens a raciocinar”, Victor Hugo refere-se a Montesquieu, gênio da política e pai da teoria da separação dos poderes. E aí, em meio a passagens inesquecíveis, disfare a frase com que desejo brindar os leitores da RJS: “Montesquieu fez na lei escavações tão profundas, que conseguiu exumar o direito.”

Que frase! Que bela maneira de dizer algo tão denso! Convido os prezados leitores a refletir no seu significado. Sabemos todos que a lei é fonte formal do direito. Mas a letra fria da lei é apenas um texto, do qual deve ser pinçado o direito, como do cascalho se extrai o diamante, em processo de lavra e separação.

Com efeito. Da lei, há que se interpretar o texto, determinar o seu sentido e alcance, fazer o trabalho de exegese a que nos ensinou Carlos Maximiliano em sua obra também clássica. Claro, a Justiça não está no escrito, está nos homens que o interpretam e aplicam. As leis não são feitas para cercear a vida e, sim, para torná-la passível de ser vivida em paz na coletividade.

Mas há perigo em certas latitudes empregadas na interpretação da Lei, que podem produzir “escavações” distantes do Direito, a exemplo das que permitiriam às “associações de socorro mútuo” atuar desabridamente no mercado, como se seguradoras fossem. Cabe desenvolver um pouco mais o tema, objeto de artigo neste número da Revista.

É que aquelas associações alegam estar cobertas pelo princípio constitucional da livre associação, ao invocar o art. 5º, XVII, da Constituição, que declara não haver impedimento para a formação de qualquer entidade com finalidade lucrativa, desde que lícita, possível e nunca de caráter paramilitar.

Daí ser muito oportuno que esse pretense suporte constitucional, além de outras razões de fato e de direito, terem sido examinados em profundidade na matéria assinada por Irapuã Beltrão, constante deste volume 11 da RJS, no artigo intitulado “Liberdade de associação, mecanismos de proteção de risco e contratos de seguro”. O seu

autor, detentor de importantes títulos universitários e procurador da Superintendência de Seguros Privados, detém inegável autoridade para discutir a matéria, ainda que ela reflita sua opinião pessoal, como ocorre, aliás, em todas as desta Revista.

Com muito equilíbrio e ponderação, o Dr. Irapuã conclui pela necessidade de incorporação de todas as exigências decorrentes do ordenamento jurídico nacional, independentemente da forma jurídica assumida pela entidade, quando presentes os elementos que enumera identificadores da atividade de seguro.

Recomendo o citado artigo como de leitura obrigatória, eis que o tema se reveste de enorme importância prática, na medida em que pululam no país dezenas, e talvez centenas, de entidades que praticam a tal “proteção veicular”. Esse eufemismo esconde a prática de uma infração administrativa e mesmo penal (Lei 7.492/86, art.16), em prejuízo aos consumidores, que se vêm sem garantias, e da regular organização da sociedade como um todo.

Tais entidades pretendem apoiar-se no Enunciado nº 185 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, citado no referido artigo. Segundo esse enunciado, as normas do direito civil e as de 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.

À evidência, a menção do enunciado a grupos restritos afasta inteiramente a atuação das entidades em tela, que se valem dos meios de comunicação públicos e outros esquemas para atrair número ilimitado de pessoas, com as quais não têm qualquer vínculo prévio. É a vã tentativa de extrair da legislação aquilo que nela não se encontra, visto que, ao revés, constitui afronta ao art. 170 da Constituição e ao art. 757 do Código Civil Brasileiro.

Felizmente, o STJ e a própria Justiça Federal, esta acionada pela SUSEP e com a participação da CNseg como *amicus curiae*, em recentes e fundadas decisões, vêm repelindo as interpretações esdrúxulas da legislação para condenar aquelas associações, inclusive determinando a dissolução delas.

Feitos esses comentários, um tanto extensos para as modestas finalidades deste Editorial, não posso, sem faltar com meus deveres para com os leitores, deixar sem elogio os demais artigos deste volume da Revista. Todos, sem exceção, merecem leitura atenta, pelo bom

desenvolvimento do tema e pela qualidade do texto.

Como de costume, todos os textos estão citados e resumidos na quarta capa. Mas quero fazer especial menção a três deles. O primeiro do Professor Luís Poças, que, de Portugal, mais uma vez nos ensina sobre o direito do Seguro, com o instigante e atualíssimo tema da proteção de dados pessoais. O Dr. Poças, com a costumeira profundidade, analisa o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) em Portugal; cuidando das questões da privacidade; dados de saúde; fontes de licitude do tratamento; consentimento; proteção social. Imperdível.

Não poderia passar *in albis*, no ensejo desta edição, as três décadas da criação do Superior Tribunal de Justiça, comemorados este ano. A Superintendente Jurídica da CNseg, Dra. Glauce Carvalhal, e a organizadora da Revista Jurídica de Seguros, Dra. Gloria Faria assinam importante resenha em que destacam, para análise e reflexão, súmulas e julgados que, tratando de temas de seguros e correlatos, foram e são de extrema relevância e impacto para o setor.

Peço também a atenção para o excelente artigo da Alessandra Carneiro, Gerente de Consultoria da mesma Superintendência Jurídica (que bela participação!), que escrutina o momentoso tema da criação de agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização. A autora elaborou o seu artigo tendo por base a sua dissertação de mestrado, recentemente concluído: a Dra. Alessandra alia a experiência do seu trabalho no setor de seguros com as linhas teóricas trazidas da universidade. Os leitores terão a prova de que essa combinação dá liga.

Termino retornando ao tema central destas linhas, relativo ao tal socorro mútuo ou proteção veicular, para ponderar que, das duas uma: ou se aplique a Lei às entidades que perpetraram essas práticas ou se elimine as vastas exigências regulatórias que as Seguradoras precisam cumprir, diga-se, em proveito dos consumidores e da sociedade como um todo. Nesse sentido, peço perdão aos leitores para tentar aquilo que, no próprio Supremo, já se apelidou de um “salto triplo carpado”, saindo de Victor Hugo para aterrissar em Stanislaw Ponte Preta, este que jocosamente advertia: “Ou todos nos locupletemos ou restaure-se a moralidade”.

Luiz Tavares Pereira Filho
Consultor Jurídico

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho.....	5

Doutrina

Seguros Ambientais Obrigatórios para Barragens: críticas e parâmetros para um possível debate Pery Saraiva Neto e Nathalia Rodrigues Bittencourt M. O. de Menezes.....	12

O Seguro Prestamista. Seguro de Pessoa x Seguro de Dano em garantia de obrigações na modalidade crédito. Diferenças em relação ao seguro de vida tradicional. A recente regulamentação pela Resolução CNSP nº 365 de outubro de 2018 Ricardo Bechara Santos.....	49

Os contratos de seguro no Direito Marítimo Des. Antonio Carlos Esteves Torres.....	73

Opinião

Três décadas de julgados relevantes sobre seguros no STJ Glauce Carvalhal e Maria da Gloria Faria.....	82

Liberdade de associação, mecanismos de proteção de risco e contratos de seguro Irapuã Beltrão.....	108

Receitas advindas de rendimentos financeiros dos bens garantidores de provisões técnicas, não decorrem da atividade econômica de uma empresa de seguro: Jurisprudência após os efeitos da solução de Consulta nº 83 – COSIT 24/01/2017 Márcio Robson Costa.....	135

Parecer

Estudo sobre oficinas credenciadas no mercado de seguro de automóvel no Brasil Angélica Carlini	162

Internacional

O impacto do RGPD no mercado segurador português Luís Poças	178

Legislação

A criação de agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização Alessandra Vasconcelos Araújo Rodrigues Carneiro	210

Crítica à interpretação modular das garantias securitárias no seguro automóvel pelo STJ: Função Social do Contrato Glauco Iwersen	249

Jurisprudência Comentada

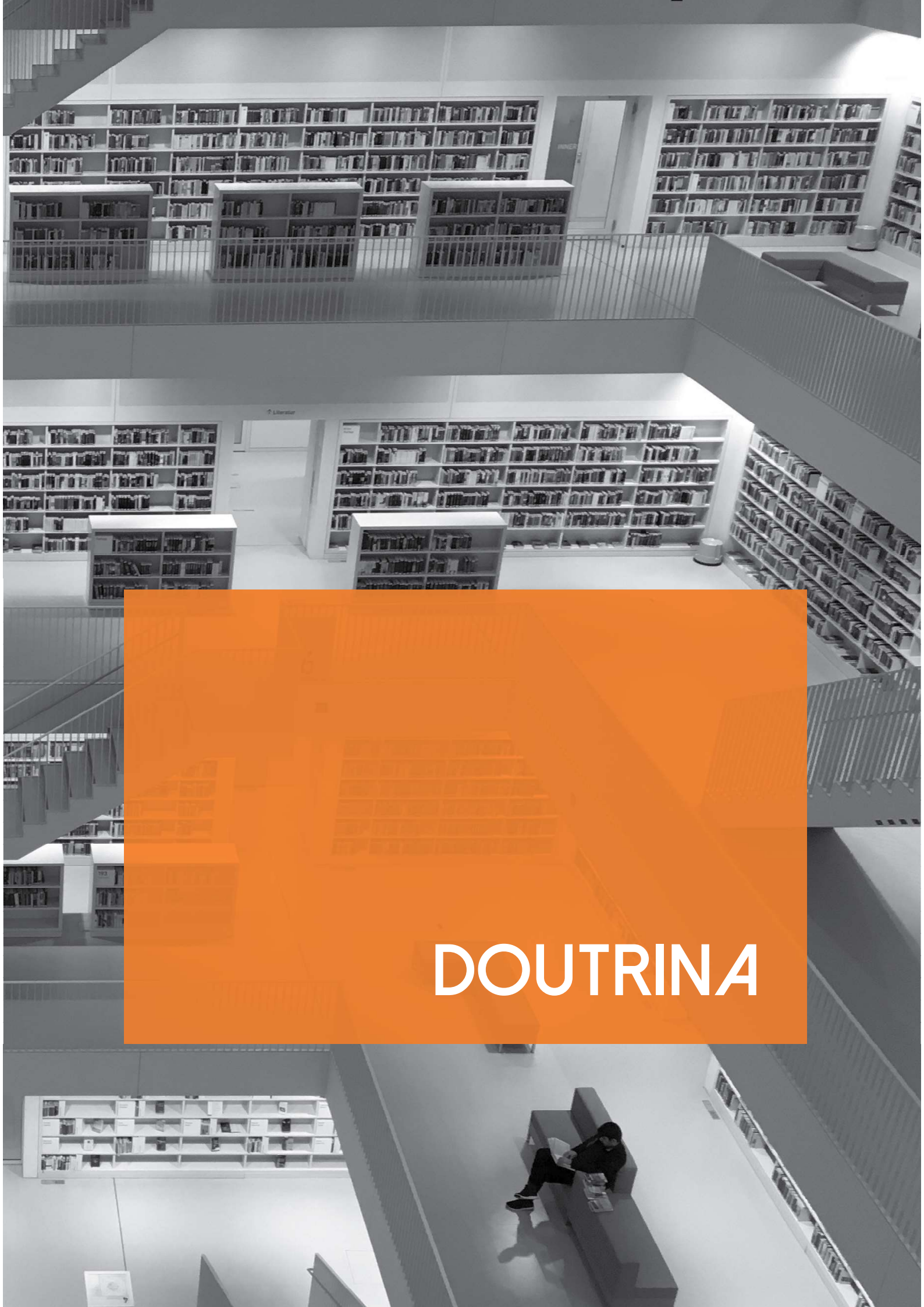
Comentário à decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.695.148. A separação judicial ou de fato e a garantia suplementar de cônjuge no seguro de vida Ricardo Bechara Santos	268

Acórdão do plenário do STF, na ADI nº 4704/ DF: impossibilidade de os Estados-membros legislar sobre relações contratuais securitárias e sobre registro, desmonte e comercialização de veículos sinistrados Fábio Kunz da Silveira	278

Recurso Extraordinário nº 651.703-RG/PR, Relator o Ministro Luiz Fux – Imposto sobre serviços – Seguro-Saúde – Premissas de julgamento extensivas aos demais ramos securitários Luiz Gustavo A.S. Bichara e Francisco Carlos Rosas Giardina	291

A embriaguez no seguro de automóvel e suas consequências jurídicas, em acórdãos da 4ª Turma do STJ, no Agravo e no Agravo Interno No 1063211/RJ – Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti José Roberto Alves Coutinho	297





DOUTRINA

Seguros Ambientais Obrigatórios para Barragens: críticas e parâmetros para um possível debate

Pery Saraiva Neto*

Nathalia Rodrigues Bittencourt M. O. de Menezes**

A inovação sempre significa um risco. Qualquer atividade econômica é de alto risco e não inovar é muito mais arriscado do que construir o futuro. (Peter Drucker)

Logo que, numa inovação, nos mostram alguma coisa de antigo, ficamos sossegados. (Friedrich Nietzsche)

Resumo: No presente artigo é abordada uma questão recorrentemente em pauta no cenário nacional brasileiro, que é a questão da segurança de barragens e da introdução, na legislação nacional, de mecanismos de seguros ambientais obrigatórios para os riscos e danos socioambientais atrelados a esta atividade. Este destaque está nitidamente ligado às recentes catástrofes

* Advogado, consultor jurídico e professor. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com estágio doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Ambiental pela FUNJAB/UFSC. Presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Meio Ambiente, Mudanças Climáticas e Sustentabilidade da Associação Internacional do Direito do Seguro/AIDA-Brasil. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Membro Fundador da União Brasileira da Advocacia Ambiental (UBAA).

** Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Especialização em Direito Tributário e Seguro, Resseguro e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). MBA em Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro pela Escola Nacional de Seguros (Funenseg). Vice-presidente do Grupo de Trabalho de Relações de Consumo da Associação Internacional do Direito do Seguro/AIDA-Brasil.

ocorridas, em 2015 e em 2019. Busca-se contextualizar o momento atual, de impasses sobre a introdução ou não de seguros obrigatórios, como um desafio que deverá ser adequadamente enfrentado, tendo-se como premissa a necessidade de atenção a todas as expectativas e interesses envolvidos. Demonstra-se que o enfrentamento e compreensão dos riscos são inerentes à origem e ao desenvolvimento dos seguros e, desta forma, com a racionalidade e capacidade acumulada ao longo de séculos, a questão deverá ser devidamente enfrentada. Proposições legislativas em tramitação no âmbito legislativo nacional são analisadas de forma crítica, buscando-se com isso compreender as expectativas e apontar equívocos e falhas de redação identificáveis. Para confrontar os textos legais em proposição, as principais categorias de seguros são apresentadas. A figura dos seguros obrigatórios é contextualizada, segundo seu escopo de socialização de perdas e de promoção de segurança à coletividade. Por fim, é apresentado um modelo de seguro que, para reflexão, pode servir de referência para o aprofundamento da questão, atendendo a expectativas sociais e econômicas, bem como aos limites da técnica securitária.

Abstract: This article addresses a highly relevant issue in the Brazilian national scenario, which is the issue of dam safety and the introduction in national legislation of compulsory environmental insurance mechanisms for the socioenvironmental risks and damages linked to this activity. This movement is clearly linked to the recent catastrophes that occurred in 2015 and 2019. It seeks to contextualize the current moment of impasses about the introduction or not of compulsory insurance, as a challenge that should be adequately addressed, understanding between all expectations and interests involved. It is demonstrated that confrontation and understanding of risks are inherent in the origin and development of insurance, and thus, with the rationality and capacity accumulated over centuries, the issue must be properly addressed. Next, some of the various legislative proposals in national legislative framework are analyzed in a critical way, with the aim of understanding the expectations on the one hand and pointing out the misunderstandings and drafting faults on the other. To confront the legal texts in proposition are presented the main categories of insurance. The figure of compulsory insurance is contextualized according to its scope of socialization of losses and promotion of safety to the community. Finally, a model of insurance is presented which, for reflection, can serve as references for the deepening of the issue, taking into account social and economic expectations, as well as the limits of the insurance technique.

Palavras-chave: Desastres socioambientais. Riscos de barragens. Seguros ambientais. Seguros obrigatórios.

Keywords: Social and environmental disasters. Risks of dams. Environmental insurance. Compulsory insurance.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tomar riscos é preciso; inovar também é preciso: brevíssimas notas sobre a incrível aventura de origem e desenvolvimento dos seguros. 3. Seguros ambientais obrigatórios para barragens: análise das recentes proposições legislativas; 3.1 Expectativas e motivações das proposições legislativas; 3.2 Equívocos e falhas das proposições legislativas. 4. Classificação dos seguros; 4.1 Seguro de danos e seguro de pessoas; 4.2 Seguros de danos e o seguro de responsabilidade civil; 4.3 Seguro garantia. 5. Seguros obrigatórios: um debate antigo. 6. Uma primeira sugestão: danos individuais e sua projeção massificada - seguros obrigatórios em um modelo de *first-party insurance*?. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em dezembro de 2015 vivenciamos a maior tragédia ambiental de nossa história, com o desastre em Mariana. Causa perplexidade que pouco mais de três anos após o trágico episódio sejamos surpreendidos como nova catástrofe que, em termos de vidas humanas é imensamente mais grave, causando indignação a constatação de que tudo se deu e se dá no mesmo Estado da Federação, em um mesmo tipo de empreendimento e envolvendo basicamente os mesmos atores.

Lamentavelmente, catástrofes não são uma novidade. Desastres humanos e ambientais repetem-se à exaustão, nas mais diversas áreas de atuação social e econômica. Emblemáticos, os casos de Seveso (Itália, 1976), Three Mile Island (EUA, 1979), Bhopal (Índia, 1984), Chernobyl (Rússia, 1986) e Exxon Valdez (EUA, 1989). Desastres decorrentes de rompimento de barragens, do mesmo modo, estão longe de ser fatos isolados¹.

Diante de tais e tantos episódios, premente o aprendizado que deve advir diante de experiências desastrosas, buscando-se aprimorar os sistemas de prevenção, mitigação e resiliência diante de catástrofes, inclusive no nível jurídico. É preciso urgentemente aprender a lidar com os desastres², para efetivamente construirmos formas de preveni-los e enfrentá-los. Uma das maneiras de promover esse aprendizado será proceder-se a uma profunda reflexão pública sobre cada uma das fases do chamado “ciclo dos desastres”³, quais sejam: prevenção e mitigação, resposta de emergência, compensação e reconstrução.

Visando a contribuir com a reflexão, importa atentar às fases de compensação e reconstrução, com a possibilidade de desenvolvimento,

pela via jurídica, de respostas eficientes para os momentos que sucederem aos desastres, contribuindo com maior capacidade de resiliência e com redução de vulnerabilidades.

Este movimento, em termos de inovação jurídica, passa na atualidade por peculiar agitação, especialmente na seara legislativa. O rompimento da barragem B1, da Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, movimentou os Poderes Legislativos nas esferas Federal e Estaduais, sobretudo a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais⁴, com o objetivo de alterar a legislação vigente sobre segurança de barragens, para dispor, dentre outros, de critérios obrigatórios para descomissionamento/descharacterização de barragens de rejeitos de mineração, de princípios e regras específicos para barragens destinadas à acumulação ou à disposição final temporária de rejeitos e resíduos associados aos processos industriais ou de mineração, bem como estabelecer parâmetros para a política desse tipo de atividade com a estipulação da responsabilidade do empreendedor pelos danos causados a terceiros e ao meio ambiente.

São cerca de 30 (trinta) projetos de lei em tramitação nas casas legislativas do país, que apresentam como justificativa a necessidade de fiscalização, controle e principalmente a garantia de responsabilização dos causadores dos danos e a devida indenização das vítimas, inclusive muitos deles objetivando instituir seguros ambientais obrigatórios.

O objetivo deste artigo é analisar, por amostragem, as principais inovações legislativas em proposição, buscando, de forma crítica, apontar seus equívocos e falhas, bem como sugerir melhorias na redação e escopos, especialmente em relação às inúmeras menções à instituição de seguros obrigatórios para barragens.

4- Vide recente Lei Estadual (MG) 23.291, de 25/02/2019, que institui a Política Estadual de Segurança de Barragens. Embora esta norma não trate especificamente de seguros ambientais, cria modalidades obrigatórias de “caução ambiental”, nos seguintes termos: *Art. 7º – No processo de licenciamento ambiental de barragens, deverão ser atendidas as seguintes exigências, sem prejuízo das obrigações previstas nas demais normas ambientais e de segurança e de outras exigências estabelecidas pelo órgão ou pela entidade ambiental competente: I – para a obtenção da LP, o empreendedor deverá apresentar, no mínimo:(...) b) proposta de caução ambiental, estabelecida em regulamento, com o propósito de garantir a recuperação socioambiental para casos de sinistro e para desativação da barragem; (...) III – para a obtenção da LO, o empreendedor deverá apresentar, no mínimo:(...)b) comprovação da implementação da caução ambiental a que se refere a alínea “b” do inciso I do caput, com a devida atualização.*

Para além da mera crítica, pretende-se demonstrar que havendo a devida compreensão dos objetivos legislativos, com a devida formatação - de forma clara, objetiva e delimitada - da norma legal e delimitação dos riscos que, pretende-se, sejam objeto de transferência pelos seguros, possível a construção, de forma negociada e sustentável, de um sistema de garantias para danos socioambientais, inclusive valendo-se da técnica dos seguros. Com clareza e adequada racionalidade sobre o tema, possível atender simultaneamente às expectativas da sociedade, do Poder Público e do setor empresarial, de forma alinhada com os limites e capacidades inerentes ao instituto dos seguros.

No primeiro momento pretende-se uma abordagem geral e histórica sobre a relação entre os riscos e as atividades humanas, bem como sobre como o enfrentamento dos riscos que estão nas origens e evolução dos seguros. Em outros termos, busca-se demonstrar que, embora o desconforto gerado pelas inovações (inclusive legislativas) que apresentem novas formas de riscos, o dado histórico inegável é de que, desde sempre, o segurador (desde sua forma mais embrionária) jamais se esquivou do enfrentamento dos novos desafios e riscos que lhe foram apresentados. Pelo contrário, é da natureza da atividade securitária o esforço pela compreensão dos riscos, para então criar soluções.

No segundo momento, então, são tratados os desafios legislativos em voga na atualidade, especialmente no que toca à intenção de introdução, no sistema jurídico, de seguros ambientais (ou socioambientais) obrigatórios para atividades envolvendo barragens. Nesta toada, para além de eventuais críticas às redações legais propostas, buscar-se a compreensão do interesse e das expectativas que permeiam as inovações legislativas, buscando localizar e delimitar os riscos envolvidos e, assim, caracterizá-los e delimitá-los, para propor a reflexão sobre os limites e possibilidades de transferência ao segurador.

Para cumprir o escopo referido acima são apresentadas as principais categorias (ramos) de seguros, diferenciando e conceituando os seguros de pessoas, de danos, de responsabilidade civil e o seguro garantia. A seguir, são tratadas a natureza e funções dos seguros obrigatórios. Por fim, será apresentada sugestão de uma possível solução - modelagem de seguro - que deverá/poderá vir a ser esmiuçada e aprimorada pelos mais diversos setores envolvidos,

públicos e privados, servindo, portanto, de proposição para amadurecimento do tema em estudo.

2. Tomar riscos é preciso, inovar também é preciso: brevíssimas notas sobre a incrível aventura de origem e desenvolvimento dos seguros

O seguro surgiu da necessidade humana de proteção contra acontecimentos imprevisíveis (riscos) que resultam em perdas, sejam de valores materiais ou imateriais. Sua origem está associada às atividades de transporte de mercadorias e ao risco envolvido: raramente os patrimônios individuais podiam suportar os prejuízos decorrentes dos riscos dessa atividade. A base para o surgimento e desenvolvimento dos seguros foi a percepção de que se fazia necessária uma ação de forma comum entre os diversos envolvidos e praticantes da atividade de transportes, com sentido comunitário, portanto. De fato,

(...) como o nosso sistema de direito privado conserva-se ligado às fontes romanas, que concebiam o direito com uma relação rigorosamente bilateral, é compreensível que o contrato haja desempenhado um papel fundamental na destruição do comunitarismo medieval”. A “atitude na ação social – no caso particular ou em média ou no tipo puro – repousa no sentimento subjetivo dos participantes de pertencer (afetiva ou tradicionalmente) ao mesmo grupo.⁵

Embora se atribua às práticas mutualistas a origem dos seguros, o mutualismo, na realidade, é apenas uma técnica (exitosa) para lidar com os riscos, sendo certo que outras técnicas de dispersão do risco eram aplicadas⁶ – ainda que, em um primeiro momento, não seja possível enominar tais práticas propriamente como securitárias.⁷ Assim, para

5-BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 8.

6-Segundo Cordeiro, *vários esquemas conseguiam, na prática, uma dispersão do risco. Mas não se apurou um tipo negocial que, de modo expresse e assumido, a isso se destinasse*. CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 59.

7-Conforme narra Luhmann, *En el antiguo comercio marítimo oriental existía ya una conciencia del riesgo, con la disposiciones legales correspondientes. En un comienzo éstas eran difícilmente separables de programas adivinatorios, invocación a deidades protectoras, etc. Sin embargo, en lo legal, en especial en la división de funciones de los prestadores de capital y los navegantes, hacían claramente las veces de aseguradoras, un papel que*

alguns, a origem dos seguros remonta à antiguidade, ainda que em tal época estes institutos fossem apenas remotamente comparáveis aos seguros de hoje.⁸

Sem pretender esgotar o tema, ou ir a fundo a fim de localizar o ponto histórico inicial de surgimento dos seguros em diferentes experiências ou períodos históricos, é interessante mencionar práticas semelhantes ao seguro no período romano, momento em que a tomada do risco adquire proeminência. Nota-se, então, a atração pelo risco como forma de auferir ganho. Antes do mutualismo, a necessidade, de um lado, e a aceitação, de outro, de transferência e pulverização ou de compartilhamento do risco. Na origem, portanto, o contrato de seguros tinha o elemento risco como fator anterior de maior relevância, e instituiu a capacidade e a praxe de lidar com o risco como objeto de práticas comerciais. O elemento risco tornou-se foco de práticas negociais (no interesse em auferir ganho sobre o risco) e, mais tarde, das técnicas de pulverização do risco, quando, de fato, sobressai o mutualismo.⁹

habría de extenderse de manera relativamente continua hasta ya entrada la Edad Media e influir en la conformación del derecho comercial marítimo, así como en los seguros de este tipo. LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Coord. Tradución Javier Torres Nafarrate. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 53. Em complementação – inclusive para frisar a hipótese (uma delas) de que foram nas práticas comerciais e de seguros que teve origem a expressão ‘risco’, vale referir que *Los contextos importantes en los que se aplica [la palabra riesgo] son los de la navegación marítima y los contextos comerciales. Los seguros marítimos constituyen un caso temprano de control de riesgo planificado, pero también e independientemente de esto se encuentra en los contratos cláusulas como ‘adrisicum et fortunam...’, ‘pro securitate et risico’, o ‘ad omnem risicum, periculum et fortuna Dei’, que regulan quién ha de hacerse cargo de las reparaciones en el caso de que hubiera un daño.* Idem, p. 54.

8 - Neste sentido consultar, dentre outros, CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 49 e seguintes, bem como PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no Direito das Obrigações: um ensaio de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 187.

9 - Não se olvida que, a rigor, as práticas mutualistas antecedam as de seguros. Tratam-se, no entanto, de mecanismos de solidariedade em face dos riscos e não, propriamente, de formas de obtenção de ganhos sobre os riscos. Sobre os primórdios das práticas mutualistas – ressaltando não se tratarem propriamente de atividades de seguros, afirma Delgado que *Há [...] unanimidade entre os estudiosos do seguro no ponto de vista de que ele nasce da imperiosa necessidade do ser humano descobrir meios de ser protegido dos acontecimentos imprevisíveis*

O que avulta em relevância – a justificar essa breve investida histórica – é a relação econômica e social com o risco, especialmente pelas práticas mercantis. Enquanto, para muitos, o risco gera aversão, para outros, o risco e sua aceitação – nem sempre de forma profissional e metódica – geram uma oportunidade. É em um cenário de oportunidades frente aos riscos que os seguros desenvolvem.¹⁰

Na experiência romana, a existência de uma figura comparável à do seguro pressupõe uma observação contextualizada, pois, a rigor, em tal período não havia instituto que se assemelhasse aos seguros como compreendidos na atualidade. O fator risco era uma constante vinculada às práticas comerciais: se, então, havia expressiva atividade mercantil, isso implicava operações de compra, venda e transporte de mercadorias pela navegação; para viabilizar tais atividades, era comum o uso de empréstimo ou mútuo. Havia, assim, a noção de risco (*periculum*) e a possibilidade de dar cobertura aos acidentes nas atividades comerciais, ou, em outros termos, a possibilidade e o interesse na transferência e na pulverização do risco – uma forma de compartilhamento.¹¹

As proposições de dar cobertura e transferência, que se gestavam em nível embrionário, vinculavam-se às modalidades de empréstimo ou mútuo (*pecunia traiectia*) no interesse da navegação (*phoenus nauticum*),

e que resultavam em perdas de valores materiais ou imateriais. Exemplo antigo dessa necessidade é o que registra a história e consistente no procedimento adotado na antiga Babilônia, quando os camaleiros celebravam acordo no sentido de que seria indenizado cada camelo que morresse durante a viagem por todos os integrantes da caravana. Nesse sentido, DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XI: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4 e seguintes.

10 - Embora o trecho a seguir transcrito esteja em um contexto de localização da origem da palavra risco, vale mencionar, pois acentua o elemento “correr riscos”: *sospechamos que el problema reside en la opinión de que solamente es posible alcanzar ciertas ventajas cuando se pone en juego (se arriesga) algo. No se trata aquí del problema de los costos, que pueden calcularse previamente y que se pueden sopesar en relación a los beneficios. Se trata, más bien, de una decisión que, tal como se puede prever, se lamentará más tarde en el caso de que ocurra un daño que se esperaba poder evitar.* LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Coord. Traducción Javier Torres Nafarrate. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 55.

11 - PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 12-18.

em que o concedente do crédito passava a seguir a sorte (*following the fortunes*) do captador do crédito, quando a devolução da quantia, com a respectiva remuneração¹², estava condicionada ao “*feliz arribo de la nave a puerto*”. O risco decorrente das perdas corria por conta do prestador do crédito. Nota-se que essa transferência do risco não decorria de um contrato autônomo, que se assemelhasse ao contrato de seguro, mas, sim, de um dispositivo acessório ao mútuo (*stipulatio usurarum*), de condicionamento da não concretização do risco; uma condição não vinculada a uma obrigação do devedor, mas ao risco assumido pelo credor.¹³

Essa referência à experiência romana visa frisar que, se, na Idade Média, usaram-se técnicas para transferência e compartilhamento de riscos e para auferir ganho sobre os mesmos, não se pode negar que houve expressivo desenvolvimento de institutos relacionados à modulação do risco nesse período. Destaca-se, portanto, que o desenvolvimento das técnicas de enfrentamento dos riscos decorrido no período medieval seguiu um legado acumulado pelos romanos.

Na Idade Média, ocorre um salto no desenvolvimento dos seguros, com o aparecimento de formas originárias de mecanismos e conceitos que estão na essência do instituto até a atualidade. Foram inicialmente desenvolvidos pelos costumes e práticas comerciais para, em um segundo momento, receberem tratamento doutrinário e normativo. Durante a Idade Média o seguro veio a surgir, em duas frentes muito distantes: a assistencial e a negocial, também chamada de seguro a prêmio.¹⁴

No ponto de partida do surgimento de uma figura seguradora esteve a dificuldade de controle pelos prestadores de crédito sobre a veracidade das operações, ao que se somou a prática de captação

12 - *El riesgo derivado de la pérdida del dinero o de las mercancías corre a cargo del acreedor o prestamista, que lo compensa mediante la fijación de un interés (usurae; la expresión faenerare significa, en sentido técnico jurídico, prestar con interés)*. PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 15.

13 - PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 12-18.

14 - CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 59.

de crédito para uma mesma operação. Ademais, a ascensão de um conjunto de motivos levava à proibição da usura¹⁵ – estopim para o esenvolvimento dos seguros, pois despertou a necessidade de criação de outras soluções para lidar com o risco. Surgiu a noção de “interesse” para justificar a taxaço sobre o capital emprestado, conciliando os excessos da doutrina da Igreja às necessidades da realidade do tráfego econômico¹⁶, em um processo que visava substituir a oposiço à prática da usura por uma adaptaço de suas atividades aos ditames da Igreja.¹⁷

O desenvolvimento crescente do transporte marítimo, ao necessitar do aporte de recursos, fez com que os operadores passassem a substituir o contrato de empréstimo por uma espécie inédita de contrato de compra e venda, pelo qual o comerciante transmitia a propriedade do bem (a embarcaço e a carga) ao suposto comprador, mas esse só realizava o pagamento em caso de sinistro¹⁸, havendo,

15- PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 19-20. O Direito Canônico, durante a Idade Média, impôs regras morais às relações comerciais, inclusive com a proibição da usura. O autor aponta os excessos na taxaço dos empréstimos como razão para defini-los como usura, em razão, especialmente, do caráter rudimentar da projeço sobre o risco, que dificultava o estabelecimento de liames entre taxas e riscos. Esta discrepância (já que *a veces, cuantías que suponían más del cincuenta por ciento del capital prestado*, p. 20) vinha a caracterizar uma mera especulaço sobre os riscos, ausente um interesse. Para um estudo sobre a proibição da usura, ver CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 61 e seguintes.

16-PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 29. Segundo afirma, a ideia que viria a se afirmar, com amparo no Direito Romano, era a de recuperar a noção de interesse *para afirmar la legitimidad de una cantidad suplementaria al principal del préstamo, mientras con ello no se superen unos límites moderados, que le haría incurrir en usura y que, por tanto, están prohibidos*. Idem.

17-PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 31.

18-Sendo relevante o dado histórico, vale apreciar o seguinte episódio: *o comerciante genovês BENEDETTO ZACCARIA, que em 1298 tinha de entregar*

outrossim, uma cláusula resolutória para o caso de o transporte não ser concluído com a chegada ao porto de destino.¹⁹

É correto afirmar que o seguro, então, funcionava como uma técnica de diluição do risco entre um coletivo de comerciantes, não se tratando, por si só, de uma atividade comercial propriamente dita. A evolução do instituto, porém, transformou-o progressivamente em um tipo comercial, ainda que o tenha acompanhado a noção comunitária (hoje compreendida como mutualismo). Desenvolveu-se um mecanismo de transferência dos riscos individuais a um administrador, que formava e gerenciava um fundo comum, integrado pelas contribuições individuais pagas pelos segurados, capaz de indenizar aqueles do grupo eventualmente atingidos por um evento danoso. Assim, o prejuízo individual era repartido pela coletividade comum.

em Bruges 30 toneladas de alúmen que se encontrava numa vila piscatória da orla mediterrânea da costa francesa, em Aigues-Mortes. Temendo o risco de um naufrágio e da perda da mercadoria que devia entregar no porto de Bruges, o exportador propôs-se vender simulada ou ficticiamente a mercadoria a dois compatriotas seus, ENRICO SUPPA e BALLANO GRILLI, comprometendo-se a recomprar essa mercadoria quando, e se, ela fosse descarregada naquele porto do Atlântico, por um preço superior ao preço inicial. Não havendo azar, os compradores-revendedores ganhariam na diferença dos preços; em contrapartida, perecendo no mar a mercadoria, o risco correria pelos compradores e o vendedor guardaria o preço das mercadorias. Através deste complexo mecanismo jurídico-contratual, as partes evitavam o risco de assimilar o lucro dos compradores-revendedores a um juro, então proibido pela Igreja de Roma, ou a celebrar um empréstimo para grande aventura, também visto com desfavor pela doutrina na Igreja. MENDES, Armindo Ribeiro. Novos horizontes do contrato de seguro as exigências do século XXI. Em MOREIRA, António; MARTINS, M. Costa (coord.). *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros* (Lisboa). Coimbra: Almedina, 2000, p. 245. O relato original está contido em BRIYS, Eric; VARENNE, François de. Assurance et marches financiers: concurrence ou complémentarité? Em EWALD, François; LORENZI, Jean-Hervé. *Encyclopédie de l'assurance*. Paris: Economica, 1998, p. 1666-1681. O objetivo é demonstrar a semelhança entre os seguros e os produtos financeiros. Do trecho reproduzido, é de se notar que aquela prática negocial, ao mesmo tempo em que tinha características de um seguro, também se assemelhava a um financiamento bancário qualquer. O que parece relevante, na análise deste movimento embrionário dos seguros, é a questão do risco, do seu enfrentamento e a construção de formas para sua transferência.

19- PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 31-32.

Aos poucos, produziu-se um refinamento do instituto do seguro por meio de mecanismos como o princípio indenizatório, a repartição de riscos, a delimitação de critérios para fixação do prêmio, o estabelecimento de franquias, a estimação prévia de indenização e o recurso ao princípio da boa-fé.²⁰ Diversos institutos começaram a ser desenvolvidos, todavia visando evitar o enriquecimento indevido por meio do seguro e a localização do interesse como seu elemento.

Foi apenas no século XX que a prática de seguros se desvinculou do comércio rotineiro e ganhou autonomia negocial, passando a ser gerida por empresas (empresarialidade), e assumindo a capacidade e os métodos formais de gestão dos riscos²¹ e originando as grandes companhias seguradoras da atualidade.²²

A partir de então, como explica Martinez,

*(...) o seguro altera-se com o desenvolvimento da indústria seguradora, mediante a celebração de contratos de seguro em larga escala, deixando de atender-se ao risco esporádico — numa situação contratada — para passar a considerar-se o risco associado ao cálculo probabilístico, ao risco dos grandes números. Evoluiu-se do risco como álea esporádica para uma indústria com finalidade lucrativa, recorrendo à prática do seguro em larga escala seguindo regras matemáticas de previsão de sinistros.*²³

20-PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005, p. 32-39.

21-MONTI, Alberto. *Environmental risks and insurance: a comparative analysis of the role of insurance in the management of environment-related risks*. OCDE, 2002. Disponível em: <www.oecd.org/finance/financial-markets/1939368.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 5. Sobre as diferentes perspectivas de percepção e convivência com os riscos, afirma o autor que “Economic actors have different attitudes towards risks. It depends on several factors, including the nature of the risk, the probability of loss, the potential magnitude of the loss and the ability to absorb its economic consequences. Assuming rationality and perfect information, economic actors are able to calculate the actual value of a given risk by discounting the magnitude of the loss by the probability of its occurrence (PxL)”.

22-PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no Direito das Obrigações: um ensaio de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 188.

23-MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito dos Seguros: apontamentos*. S. João

Desde seus primórdios, os seguros apresentaram capacidade de adaptação a novos cenários de riscos, o que é válido até a atualidade²⁴ no cumprimento de suas funções e expectativas.

3. Seguros ambientais obrigatórios para barragens: análise das recentes proposições legislativas

O apanhado desenvolvido no tópico anterior não é desprovido de sentido. A intenção foi de recordar que o enfrentamento de riscos sempre esteve na essência dos seguros e foi o que fomentou o seu desenvolvimento.

Diante de inovações em matéria de riscos e diante de novos desafios (criados pela legislação, por exemplo), importa-nos superar o sentimento inicial de mera rejeição, para em seguida tratar de compreender o novo que se apresenta, para enfrentá-lo adequadamente. Nas linhas que seguem pretende-se contribuir com elementos para aperfeiçoamento da compreensão e subsidiar o enfrentamento em relação às recentes proposições legislativas.

Conforme referido anteriormente, há na atualidade uma miríade de projetos de lei voltados aos riscos, exposições e desafios inerentes a atividades envolvendo barragens²⁵, muitos deles tratando inclusive de

do Estoril: Principia, 2006, p. 29-30.

24 - Para exemplificar situações que demonstram a capacidade de adaptação da técnica seguradora a novas modalidades de risco, vale referir o advento das apólices *claims made*, e, entre outros os seguros com apólices abertas para o transporte de cargas (Vide SARAIVA NETO, Pery; FENILI, Maiara B. Declaração/averbação de cargas nas apólices abertas do Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador de Cargas: Julgado do STJ - REsp n. 1.318.021. *Revista Jurídica de Seguros*. Rio de Janeiro: CNseg, 2016, v. 4, p. 240-253) e os seguros paramétricos (Vide SARAIVA NETO, Pery. Seguros paramétricos frente aos desafios de adaptação às mudanças climáticas. In: CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery (org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro* - Ano V, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 61-72).

25 - Apenas para exemplificar, na Câmara dos Deputados: PL 10494/2018, PL 3563/2015, PL 3561/2015, PL 6259/2013, PL 4038/2004, PL 436/2007, PL 4285/2016, PL 5848/2016, PL 29/2015, PL 5263/2016, PL 18/2019, PL 30/2019, PL 109/2019, PL 110/2019, PL 184/2019, PL 188/2019, PL 336/2019, PL 356/2019, PL 357/2019, PL 359/2019, PL 716/2019 e PL 793/2019.

seguros ambientais ou socioambientais obrigatórios. Cumpre analisá-los em duas abordagens, a saber: buscar compreender as expectativas do legislador, por um lado, e apontar os equívocos do legislador, por outro.

3.1 Expectativas e motivações das proposições legislativas

Afirmam os parlamentares que os efeitos devastadores dos rompimentos de barragens acabam sendo arcados pela parte mais fraca, que seria a população atingida, ainda que os eventos tenham sido ocasionados, em regra, por erros técnicos de projeto ou de execução, ou de deficiências de manutenção. Isso porque os levantamentos dos danos causados e o pagamento das indenizações se perderiam na burocracia e na morosidade dos processos judiciais e as vítimas acabariam deixadas à própria sorte.

Neste sentido, cabe destacar a proposta do Projeto de Lei - PL nº 550/2019, aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, em 20 de março de 2019, que propõe alteração da Lei nº 12.334/2010 (Lei de Segurança de Barragens), estabelecendo como fundamento da Política Nacional de Segurança de Barragens a responsabilidade civil do empreendedor por danos decorrentes de falhas da barragem, independentemente da existência de culpa. A proposta também dispõe que a indenização decorrente de tal responsabilidade civil será calculada em função da extensão do dano e do potencial econômico do infrator, admitido o afastamento cautelar dos responsáveis de suas funções.

O mencionado projeto determina ainda, na alínea “a”, do inciso VI do art. 16, como obrigatoriedade do órgão fiscalizador, no âmbito de suas atribuições legais, a contratação de seguro ou a apresentação de garantia financeira para a cobertura de danos a terceiros e ao meio ambiente em caso de acidente ou desastre nas barragens.

Ressalte-se que a garantia financeira ou a contratação de seguro deverão ser comprovadas perante o órgão fiscalizador antes do primeiro enchimento da barragem ou, no caso de barragem existente, no prazo mínimo de 1 (um) ano.

Assim, o PL nº 550/2019, cuja tramitação legislativa encontra-se avançada na casa revisora, possui 9 (nove) proposições apensadas sobre o mesmo tema e aguarda a instalação de Comissão Temporária pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Frise-se que as Comissões Temporárias são órgãos técnicos, instaladas por decisão do Presidente da Câmara dos Deputados com a finalidade de emitir pareceres sobre proposições em situações especiais ou de oferecer estudos sobre temas específicos. Sua composição é exclusiva de parlamentares. Tal projeto de lei já tramitou pelas Comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Minas e Energia, Seguridade Social e Família, Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania.

Percebe-se que as proposições legislativas destacam o seguro como instrumento de garantia capaz de cobrir os danos decorrentes do evento de rompimento de barragem, colocando no referido contrato toda a esperança de solução para as consequências desses tristes desastres.

Mas será que a contratação obrigatória de seguro, com a finalidade de cobertura de danos às vítimas e ao meio ambiente, em caso de rompimento de barragem, resolveria todos os problemas decorrentes desses acidentes? Afirmam os parlamentares que a contratação de seguro *traz uma série de vantagens adicionais, além de maior facilidade de indenização às famílias e ao patrimônio.*²⁶

As propostas defendem de maneira comum que as companhias seguradoras poderão atuar como fiscais da atividade de barragem, monitorando os projetos, a execução das obras e a aplicação técnica adequada.

Diversos projetos também preveem que o empreendedor deverá apresentar garantia financeira, tal como uma caução, por exemplo, para a cobertura de danos a terceiros e ao meio ambiente em caso de acidente ou desastre nas barragens.

Nesta esteira de raciocínio, as companhias seguradoras são repetidamente mencionadas como possíveis auditores e fiscais dos projetos de barragens, que vigiarão a elaboração e a execução técnica do processo.²⁷

Logo, a análise das propostas legislativas permite observar que a intenção do legislador consiste em garantir, por meio da contratação de

26- Projeto de Lei nº 18, de 2019, de autoria do Deputado Alessandro Molon.

27- Projeto de Lei nº 188, de 2019, de autoria do Deputado Rogério Correia (PT/MG).

seguro, o pagamento integral das indenizações aos atingidos por eventuais desastres com rompimentos de barragens.

Vejamos trecho da justificativa do PL nº 5.848, de 2016²⁸, apresentado perante a Câmara dos Deputados após o rompimento da barragem em Mariana, Minas Gerais:

Acreditamos que com a obrigatoria celebração de contratos prévios ou posteriores (para barragens já construídas), além de garantir recursos suficientes para que as despesas decorrentes de qualquer rompimento que gerarem prejuízos a outrem sejam efetivamente cobertas e, principalmente, que com esse seguro passemos a ter efetiva garantia de ressarcimento dos prejuízos a terceiros vitimados, e que a própria estrutura de controle e vigilância sobre essas barragens seja ampliada.

Temos que é de clara e limpa constatação que a maioria absoluta desses “acidentes” resultam de erros estruturais ou mesmo de má conservação das aludidas obras, e como acima citado um maior controle e vigilância garantirá, com certeza, maior segurança.

Oportuno ainda mencionar o disposto no PL nº 793/2019, do Deputado Rubens Pereira Junior, o qual também é autor do PL nº 5.848/2016, que repete a proposta de tornar obrigatória a contratação de seguro contra o vazamento ou o rompimento de barragens de cursos d'água, desde a fase de construção, para a cobertura de danos físicos, inclusive morte, e de prejuízos ao patrimônio público ou privado, e ao meio ambiente, nas áreas urbanas e rurais situadas a jusante dessas obras.

Prevê o mencionado PL que a ausência da contratação do seguro ensejará a aplicação de penalidades legalmente previstas aos proprietários das barragens ou seus representantes legais. Estabelece ainda, em seu artigo 13, que em caso de insuficiência dos recursos financeiros provenientes do seguro ou de outra garantia, a União garantirá o pagamento das indenizações por danos de responsabilidade do operador, fornecendo os recursos complementares necessários.

Outra peculiaridade da proposta é a previsão constante no artigo 14, que estabelece à União o direito de regresso contra o causador

28 - Projeto de Lei nº 5848, de 2016, de autoria do Deputado Rubens Pereira Junior (PCdoB/MA).

do dano, na hipótese de eventual ilicitude encontrada na causa do acidente, como, por exemplo, material ilicitamente possuído ou utilizado e não relacionado a qualquer operador.

Em sede de justificativa, defende o autor do PL que a proposta visa à proteção prévia e imediata em resposta ao rompimento de barragens já construídas, acreditando-se que com a obrigatória celebração de contratos de seguro prévios ou posteriores, haverá garantia de recursos suficientes para cobertura das despesas decorrentes de prejuízos causados, inclusive efetiva garantia de ressarcimento dos terceiros vitimados. Além disso, afirma o parlamentar que a própria estrutura de controle e vigilância sobre essas barragens seja ampliada mediante a contratação de seguro.

Assim, resta demonstrado que o legislador tem expectativa na garantia de cobertura que o contrato de seguro oferece, entendendo que se trata de instrumento capaz de suportar danos, de forma, ao que parece, ilimitada. No entendimento do legislador, considerando que os prêmios de seguros são avaliados de acordo com o risco, os custos serão mais baixos se maior for a segurança das barragens seguradas.

Portanto, nos termos dos PL's, a contratação do seguro incentivaria a execução de obras cada vez mais sólidas e melhor mantidas na rotina do país.

Em que pese à boa intenção dos autores dos projetos de lei sobre o tema, é preciso aprofundar o debate sobre a contratação de seguro que se deseja tornar obrigatório. É compreensível que o Poder Legislativo, sobretudo os Deputados eleitos como representantes do povo, queiram responder à sociedade de forma rápida e eficaz, diante de um acidente que carrega enorme clamor social e, infelizmente, vítimas fatais. Porém, é necessário informar e tecer os devidos esclarecimentos acerca da cobertura securitária aplicável ao risco que se pretende garantir pelo contrato de seguro. Com efeito, o seguro é um instrumento de desenvolvimento social e um mecanismo que visa a suprir eventuais perdas, entretanto, a cobertura de riscos é contratualmente delimitada, nos termos do artigo 757 do Código Civil Brasileiro.

Conforme se verifica nos projetos de lei sobre o tema em comento, que tramitam nas casas legislativas do país, é preciso aprimorar as propostas que dispõem sobre a contratação obrigatória de seguro pelos empreendedores que atuam com barragens, tornando o texto

legal técnico e adequado para que atinja o fim para o qual foi criado.

Há um custo social decorrente de leis insuficientemente elaboradas, pois são estas que determinam os comandos e definem regras de conduta a serem obrigatoriamente observadas por todos os integrantes da sociedade.

É de salientar que o convívio social é diretamente influenciado pela qualidade das normas jurídicas produzidas. Queremos uma sociedade responsável? Se a resposta for positiva, deve a lei prever os direitos e deveres de forma clara de todos os envolvidos na relação jurídica regulada por determinada legislação.

Isso implica dizer que a normal legal, segundo a doutrina, deve inovar o ordenamento jurídico, possuindo características como a abstratividade, a generalidade, a imperatividade e a coercibilidade. Logo, textos ambíguos, obscuros, incoerentes, contraditórios ou juridicamente inválidos geram transtornos e fomentam a judicialização, indo de encontro à finalidade de alcançar a paz e a harmonia social.²⁹

Outro atributo que deve ser analisado em uma proposição legislativa, à luz da juridicidade, é a sua efetiva necessidade, observando-se a organicidade do sistema jurídico em vigor e avaliando a efetividade futura. Diante disso, percebe-se que as propostas legislativas que versam sobre a obrigatoriedade de contratação de seguro para atividades de barragens requerem um amadurecimento do legislador, de forma que a lei seja tecnicamente ajustada para dispor da cobertura do risco que o legislador deseja proteger, atingindo a finalidade social do seguro que é a proteção e garantia de riscos contratualmente determinados.

3.2 Equívocos e falhas das proposições legislativas

De modo a aprofundar uma crítica reflexiva e propositiva, na linha sustentada no item anterior, oportuno apreciar a redação de alguns dos projetos de lei em tramitação, na parte em que tratam de seguros obrigatórios ou de contratação obrigatória de seguros. A escolha das proposições a seguir apreciadas é aleatória e objetiva abordar de forma exemplificativa a questão dos equívocos e falhas das proposições legislativas.

29 - OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Análise de juridicidade de proposições legislativas. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2014. Acesso em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502897>

Do PL nº 3.561/2015:

Art. 1º Esta lei torna obrigatória a contratação de seguro contra o rompimento e/ou vazamento de barragem, para cobertura de danos físicos, inclusive morte, e de prejuízos ao patrimônio público e privado e ao meio ambiente, das áreas urbanas e rurais situadas a jusante.

(...)

§ 2º O valor do seguro será calculado com base em danos reais, ou seja, quando houver lesão ao meio ambiente, ao patrimônio público, privado ou no caso de vítimas, não havendo vinculação a hipótese global ou preventiva.

Do PL nº 3.563/2015:

Art. 2º É obrigatório que todas as barragens de cursos de água para quaisquer fins e que se enquadrem no parágrafo único do art. 1º tenham cobertura de seguro contra rompimento, com previsão de indenização de danos físicos, inclusive morte, e prejuízos materiais às pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nas respectivas jusantes, no prazo máximo de 30 dias.

Do PL nº 188/2019:

Art. 1º. Esta Lei estabelece critérios para construção e descomissionamento de barragens de rejeitos de mineração, veda a utilização do método de alteamento à montante na construção, alteração ou acréscimo da capacidade de barragens destinadas à contenção de rejeitos e institui a obrigatoriedade de contratação de seguro contra eventual rompimento.

Art. 5º. As barragens de rejeitos de minérios, em operação ou não, classificadas como de médio ou alto dano potencial associado, nos termos do art. 7º da lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, deverão, independentemente da classificação de risco, contratar seguro ou caução contra o vazamento ou o rompimento de barragens de cursos d'água, para a cobertura de danos físicos, inclusive morte, de prejuízos ao patrimônio público ou privado, e ao meio ambiente, nas áreas urbanas e rurais situadas a jusante dessas estruturas.

Normas imprecisas, sem escopo claro, como já tivemos oportunidade de apontar anteriormente, estão fadadas à

ineficácia, por um lado e, por outro - o que é ainda pior - podem vir a provocar insegurança jurídica, com seus conhecidos efeitos nefastos.

Diante de tão amplas possibilidades de seguros, conforme contidos nos textos acima transcritos, deve-se questionar qual seja, ou o que seja, o seguro ambiental. Será o seguro ambiental, para o legislador, um gênero, válido para todos os tipos de riscos que envolvam atividades com implicações ambientais, independentemente dos beneficiários, riscos ou interesses? Ou o seguro ambiental é um tipo contratual específico? Nota-se o recurso aos seguros ambientais, valendo-se, para tanto, de diversas nomenclaturas, semelhantes àquelas acima referidas. Todas elas, no entanto, carecem de clareza sobre a modalidade e amplitude do seguro proposto.

Evidenciada a intenção reiterada do legislador de instituição de seguros ambientais, de seguros garantia ou de seguros de responsabilidade civil, são pertinentes os questionamentos: qual o objetivo da inserção de mecanismos de garantia em normas de proteção ambiental? Quem é o destinatário da garantia pretendida? Se as respostas indicarem a criação de instrumentos de garantia de reparação de danos a interesses da coletividade, ou a reparação de danos ecológicos, resta saber se os seguros são, de fato, a melhor forma de atender a tais anseios. Em caso positivo, há que se ponderar sobre o modelo de seguros pretendido. A imprecisão conceitual e a absoluta falta de clareza sobre a abrangência e objetivo do seguro marcam todas as normas analisadas. Não há precisão sequer sobre o risco que se pretende seja coberto pelo “seguro ambiental” ventilado.

4. Classificação dos seguros

O desenvolvimento dos inúmeros tipos de seguros é uma construção decorrente das práticas e das necessidades sociais e econômicas. Conforme observa Cordeiro,

(...) as diversas modalidades de seguro surgiram, ao longo da História, de acordo com as necessidades da vida comercial. Primeiro acantonadas ao sector marítimo, elas vieram a alargar-se às pessoas e, depois, aos vários riscos terrestres. Não obedecem a qualquer plano de conjunto ou, sequer, de enquadramento: antes conheceram um desenvolvimento periférico, quicá empírico.³⁰

30 - CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina,

Para Vasques, os seguros são passíveis de várias classificações e para cada espécie haverá peculiaridades. Propõe as seguintes classificações:

*(...) seguros de danos e seguros de pessoas; seguros de coisa, de patrimônio e de pessoas; seguros a prêmio e seguros mútuos, seguro do ramo Vida e dos ramos Não-vida; seguros por conta própria e por conta de outrem; seguros terrestres e seguros marítimos; seguros temporários e não-temporários; seguros de prestações convencionadas e de prestações indenizatórias; seguro de grupo e seguros individuais; seguros de grandes riscos e seguro de risco de massa; seguros obrigatórios e seguros voluntários; seguros sociais e seguros privados; segundo seu regime de formação; seguro direto e resseguro.*³¹

Os diversos tipos de seguro poderão ser combinados, sendo possível encontrar contratos de seguro que reúnam várias características destas diversas classificações.³² Importa-nos atentar para a definição de seguros de danos e de pessoas, passando pela compreensão do seguro garantia.

4.1 Seguro de danos e seguro de pessoas

A diferenciação encontra amparo na legislação, especificamente no Código Civil brasileiro – os artigos 778 a 802 tratam de dois gêneros de seguros: os seguros de danos e os seguros de pessoas. Nessa divisão encontram-se as bases para as derivações dos seguros a suas diversas espécies (ramos) disponibilizadas pelo mercado segurador. Tal classificação inicial, prevista em lei, é absolutamente justificável: seria incabível pretender, na legislação, discorrer sobre e regular todas as espécies possíveis de seguros. Além de resultar em uma exposição demasiado exaustiva, por certo geraria um marco legal fadado à defasagem, pois novos riscos são constantemente assumidos pelo mercado segurador, o que permite e estimula a criação de novas espécies de seguros constantemente.

O seguro de pessoas é o gênero que visa a garantir ao segurado ou aos seus beneficiários o pagamento de determinada soma em

2016, p. 791.

31 - VASQUES, José. *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 47 e seguintes.

32 - VASQUES, José. *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 55.

dinheiro caso ocorra algum evento danoso capaz de afetar a vida ou a saúde do segurado. Ao contrário do seguro de dano, não tem natureza indenitária, pela razão de ser impossível aferir valores monetários à vida e à saúde humana. Por isso, os seguros de pessoas, a rigor, não apresentam um limite máximo de cobertura securitária. A quantia que eventualmente será devida pelo segurador, em caso de sinistro (valor do capital segurado), pode ser livremente estipulada pelo proponente do seguro³³, admitindo-se até mesmo a contratação de mais de um seguro sobre o mesmo interesse³⁴, conforme dispõe o artigo 789 do Código Civil brasileiro.³⁵

Por outro lado, os seguros de danos têm especial importância, pois é a partir desse gênero que se localizam a espécie e as subespécies dos seguros de responsabilidade civil. Diferentemente dos seguros de pessoas, detêm *natureza tipicamente indenitária, ou seja, são voltados à recomposição patrimonial do segurado, de modo que, ocorrendo o sinistro, o sujeito favorecido pela indenização deverá fazer prova dos prejuízos econômicos sofridos*.³⁶

São seguros de danos todos aqueles de caráter indenitário, em que o interesse legítimo segurável, objeto do contrato, incide sobre um bem economicamente apreciável, pelo qual se indeniza o prejuízo que o segurado efetivamente sofreu.³⁷ A finalidade é a recomposição patrimonial do segurado diante de uma perda que tenha experimentado, seja por danos aos próprios bens, seja pela perda patrimonial decorrente de uma obrigação para com terceiros, em razão de sujeição ao regime de responsabilidade civil.

33 - Nesse sentido, vide PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil, n. 19. Granada: Comares, 2005, e do mesmo autor, *La póliza estimada: la valoración convencional del interés en los seguros de daños*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

34 - SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220.

35 - Código Civil, artigo 789: Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

36 - SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

37 - BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de seguro no Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 188-189.

4.2 Seguros de danos e o seguro de responsabilidade civil

Os seguros de danos dividem-se entre patrimoniais e de responsabilidade civil. Ambos servem ao objetivo de resguardo ou de reposição dos bens e do patrimônio do segurado. Nos patrimoniais, protegem-se seus bens diretos; nos de responsabilidade civil, a reposição patrimonial cumpre a obrigação de reparar algum dano causado a terceiros. Os seguros de danos, como os seguros em geral, servem ao segurado e aos seus interesses – a proteção de terceiros somente surgirá de maneira reflexa, como garantia, nas hipóteses de insuficiência ou de indisponibilidade do patrimônio pessoal do segurado.

O seguro de responsabilidade civil representa uma das diversas espécies do vasto campo de atuação dos seguros, consistindo em importante instrumento diante das atuais contingências da vida moderna.³⁸ Pode ser definido como aquele em que se obriga o segurador a indenizar terceiros, em conformidade com o previsto no contrato e dentro dos limites legais e contratuais, diante da condição de um segurado que esteja civilmente responsável por danos causados a outrem.³⁹ O Código Civil de 2002 estabelece um conceito legal para o seguro de responsabilidade civil: seu art. 787 dispõe que *no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro*.

Para Ricardo Bechara Santos, o seguro de responsabilidade civil apresenta natureza patrimonial, uma vez que visa a repor o patrimônio do segurado que tenha sido desfalcado pelo deslocamento de uma quantia em razão de dano causado ao bem de terceiro. O seguro deve repará-lo, respeitando os limites e condições estabelecidos no contrato.⁴⁰ O objeto dessa espécie de contrato será sempre uma responsabilidade, por isso se diferencia de outras convenções. Ao se tratar de um contrato de garantia,

38 - FERREIRA SILVA, Rita Gonçalves. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral*: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 101.

39 - BARBAT, Andrea Signorino. *Los seguros de responsabilidad civil*: caracteres generales y coberturas principales. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011, p. 55-56.

40 - BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de seguro no cotidiano*: coletânea de ensaios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 59.

apresenta objeto e contraprestação distintos dos demais.⁴¹

O seguro de responsabilidade civil está vinculado ao interesse do segurado em manter seu patrimônio protegido contra o risco de ser-lhe imposta alguma responsabilidade; ou seja, busca no seguro a garantia de não precisar diminuir seu patrimônio em razão dos resultados civis negativos que venha a causar a outrem. O risco coberto por essa classe de seguro é a eventualidade de ocorrência de danos a terceiros que sejam imputados ao segurado, de modo que tenha que responder por tais danos.⁴² O risco, portanto, liga-se à possibilidade de perda do próprio segurado, quando compelido a indenizar terceiro.⁴³ Há, assim, uma direta vinculação com o resguardo do patrimônio pessoal do segurado. A esse propósito, *costuma dizer-se que o bem protegido é, nestes seguros, o patrimônio do segurado como um todo – porque o fim deste seguro é proteger o segurado contra o desembolso das indenizações por si devidas. Daí não ser rigorosa a asserção de que a separação entre os seguros de coisas e os seguros de responsabilidade civil distinguiria seguros de riscos próprios e seguros de riscos de “terceiros”. Os riscos seguros, nos seguros de responsabilidade civil, também são riscos próprios – do segurado, entenda-se, não necessariamente do tomador – e não de terceiros (eventuais lesados).*⁴⁴

41 - DAMASCENO, Arthur Sabino. Seguro ambiental: considerações acerca da efetiva reparação dos danos à luz do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Antonio Carlos (coord.). *Em Debate*, 6: contrato, dano ambiental, governança corporativa, risco. Rio de Janeiro: Funenseg, 2006, p. 21.

42 - REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros*: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 646. A autora faz uma ressalva importante em relação ao que, no Brasil, denominamos de Custos de Defesa, uma cobertura largamente presente nos seguros de responsabilidade civil, ainda que não se enquadre propriamente nessa categoria. Diz respeito a custos que possam incorrer ao segurado no exercício de sua defesa perante terceiros. Assinala a autora, neste sentido, que *deixo de fora a cobertura de despesas associadas à refutação de pretensões infundadas de terceiro por considerar que, ainda que estas se encontrem por vezes cobertas num seguro de responsabilidade civil, não o definem.*

43 - Usa-se a expressão “terceiro” com a conotação típica, relacionada ao instituto da responsabilidade civil sobre “outrem”, na forma da regra básica de responsabilidade aquiliana insculpida no artigo 927 do Código Civil brasileiro. A questão da definição do terceiro, inclusive para fins de compreensão da amplitude e dos beneficiários nos seguros de responsabilidade civil ambiental, no âmbito dos riscos ambientais e das lesões difusas, ganha contornos próprios e muito especiais em relação ao redimensionamento do terceiro lesado na responsabilidade civil ambiental.

44 - REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros*: estudo de direito

Veiga Copo ressalta que, nos seguros de responsabilidade civil, o que se protege é o segurado em relação ao seu patrimônio ativo, *já que sobre este é que recai a obrigação de pagar uma dívida de responsabilidade civil frente a terceiros. Trata-se de cobrir o risco de ameaça ao eventual responsável, e que se concentra e materializa sobre seu patrimônio*.⁴⁵ Fica clara a finalidade e o escopo dos seguros de responsabilidade civil: têm por objetivo a proteção do segurado (mais especificamente, o resguardo patrimonial do próprio segurado) contra eventuais perdas que tenha em razão de uma obrigação de indenizar terceiros. Note-se que os seguros de responsabilidade civil não cobrem, como regra, todos os riscos de responsabilização civil do segurado, sendo praxe restringir coberturas a uma determinada dimensão ou modalidade de responsabilidade, ou, ainda, limitar a cobertura a uma determinada prática profissional, com a exclusão de qualquer outra.⁴⁶

Não se olvida, outrossim, a preocupação com a solvência do segurado, no sentido de que tenha capacidade financeira, meios e recursos para honrar sua obrigação perante terceiros. O seguro proporciona a reposição patrimonial do segurado em caso de perda decorrente da indenização que pagará ao terceiro. Portanto, sua função social aparece destacada nas hipóteses em que o patrimônio do segurado seja insuficiente (ou inexistente) para honrar sua obrigação. Em outros termos, o segurado seria incapaz de honrar sua dívida com patrimônio próprio, valendo-se, da garantia ofertada pelo contrato de seguro, através da qual o segurador honrará uma obrigação originariamente sua. Embora o segurador cubra o risco de responsabilização do segurado, a obrigação do primeiro não se confunde com o dever de indenizar do segundo perante o terceiro. O dever do segurador decorre de um dever primário de prestar, fundado no contrato e não na responsabilidade civil.⁴⁷

civil. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 647.

45 - VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro: ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, p. 397.

46 - REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 648.

47 - REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 647.

Alguns autores, como Ferreira da Silva, entendem que esse ramo vise a, simultaneamente, resguardar o patrimônio do segurado (evitando que sofra diminuição ativa ou aumento passivo) e proteger os “legítimos interesses” dos terceiros lesados, cujos danos sofridos são ressarcidos pela seguradora.⁴⁸ Não há como negar, portanto, a possibilidade de atendimento de um compromisso com dimensão de ética social no seguro de responsabilidade civil. Os seguros de responsabilidade civil transmitem a ideia de dever social, pois *o plexo relacional de indivíduos, cada qual podendo causar danos e prejuízos a outro membro da coletividade e cada indivíduo lesado repercutindo o seu dano também a outras pessoas, necessita de garantia de indenização*.⁴⁹

Para elucidar um preceito não imputado pelo modelo brasileiro⁵⁰: em alguns países, o lesado pode exercer autonomamente o seu direito, acionando diretamente a empresa de seguros. Esse mecanismo reveste o seguro de responsabilidade civil de cunho social, uma vez que dá garantia, legalmente estabelecida, à vítima, cabendo à empresa seguradora o ressarcimento dos prejuízos causados e satisfazendo, assim, necessidades individuais, bem como as necessidades da sociedade em geral.⁵¹ Qualquer dano causado a alguma pessoa tem repercussão na sociedade e ocasiona um conflito social; sendo assim, pode-se concluir que esse seguro oferece, ao mesmo tempo, uma proteção pessoal e patrimonial à vítima, ao segurado e à comunidade em geral.⁵²

48 - FERREIRA SILVA, Rita Gonçalves. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral*: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 105.

49 - POLIDO, Walter. *Contrato de seguro*: novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 191.

50 - Reza o enunciado da Súmula 529 do Superior Tribunal de Justiça que “No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”. Em sentido oposto, portanto, possível a ação direta nos seguros obrigatórios.

51 - FERREIRA SILVA, Rita Gonçalves. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral*: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 109-110. Ressalva-se desta passagem, porém, a questão da ação direta, que preponderantemente não é possível no Brasil.

52 - FERREIRA SILVA, Rita Gonçalves. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral*: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 111.

4.3 Seguro garantia

O seguro garantia é uma categoria particular de seguro, que tem sua origem nos seguros de crédito. O seguro de crédito, segundo Silva Santos, é

(...) um contrato pelo qual o segurador dá cobertura a um risco de não pagamento atempado ou a uma impossibilidade de pagamento por parte de um devedor – um terceiro – com quem o segurado, credor, contratou, sendo os tempos da prestação e da contraprestação, na relação obrigacional entre o segurado e terceiro, defasados entre si.⁵³

Calvão observa a similitude entre o seguro de crédito e outros instrumentos de garantia, na seguinte passagem:

(...) o risco de crédito é a álea do não cumprimento da correspectiva obrigação pelo devedor, também dito, por isso mesmo, risco da contraparte. Garantias segurativas estas – a de seguro de crédito e seguro de caução – que por isso mesmo, porque prosseguem o mesmo fim, concorrem no mercado com garantias bancárias, desde a caução em sentido estrito às garantias pessoais como a fiança ou o aval, a garantia autónoma e as cartas de conforto, e outras figuras financeiras. Em todas estas figuras financeiras o respectivo prestador na sua atividade profissional assume riscos de não pagamento de terceiros devedores e (assim) protege os credores contra esses perigos.⁵⁴

Explica Buranello que,

(...) sob influência histórica, as relações comerciais foram se desenvolvendo e a necessidade de crédito e a incerteza na efetividade dos compromissos firmados levaram ao aprimoramento de instrumentos e mecanismos para assegurar o fiel cumprimento das obrigações convencionadas. Os agentes econômicos caminharam para os seguros de garantia e responsabilidades, em função dos preceitos

53-SILVA SANTOS, Margarida. *Seguro de crédito*. Lisboa: Prime Books, 2004, p. 26. O seguro de crédito, portanto, vincula-se a outro contrato, ao qual presta garantia de satisfação do crédito, em caso de descumprimento pelo devedor, nas hipóteses (riscos) predefinidas.

54-CALVÃO DA SILVA, João. Seguro de crédito como seguro de grandes riscos: garantia indenizatória acessória ou autónoma. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149-150.

*que faziam seguráveis todos os riscos lícitos e futuros e que admitiam como causa do seguro a garantia da obrigação. O seguro garantia de obrigações contratuais aparece como alternativa a essa situação fática e de interesse econômico nas relações empresariais.*⁵⁵

Tratando especificamente do seguro garantia, também denominado seguro caução, tem-se o seguinte conceito proposto por Silva Santos,

*(...) contrato de seguro que cobre o direito de crédito de um beneficiário sobre o tomador, contratante. Por outras palavras, pelo contrato de seguro caução o segurador obriga-se, em caso de incumprimento pelo tomador do seguro das suas obrigações legais ou contratuais, a indemnizar um beneficiário (que pode assumir a qualidade de segurado), a título de ressarcimento ou sanção penal, previamente estabelecido no contrato.*⁵⁶

Essa singular modalidade de seguro tem, claramente, função e natureza de caução, na medida em que o segurador, ao aceitar o risco do tomador, lhe dá capacidade de crédito⁵⁷, logo, de credibilidade. Por conseguinte, o seguro garantia serve como caução para o cumprimento de uma obrigação positiva, que pode ser de dar, de pagar ou de fazer.⁵⁸ A expressão “seguro garantia”, ou “seguro que serve de garantia”, aparenta redundância, mas não é contraditória na sua essência. Esta teratologia aparente serve, ao contrário, para diferenciar a função e a natureza do seguro garantia em relação às outras – e mais conhecidas – modalidades de seguro, geralmente atreladas a “garantir” o patrimônio pessoal do segurado, tal como se dá nos seguros de danos.

55 - BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro – o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 142.

56 - SILVA SANTOS, Margarida. *Seguro de crédito*. Lisboa: Prime Books, 2004, p. 295.

57 - ALMADA, Beatriz de Moura Campos Mello. O seguro garantia como mitigador de riscos nos grandes projetos. In: SCHALCH, Debora (org.). *Seguros e resseguros: aspectos técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2010, p. 284.

58 - Para Vasques, o seguro-caução garante, direta ou indiretamente, o risco de incumprimento ou atraso de cumprimento de obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval. VASQUES, José. *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 72.

A garantia desse tipo de seguro é prestada ao credor. Trata-se, portanto, de seguro à conta de outrem, no qual intervêm, necessariamente, três pessoas distintas: segurador, tomador e o terceiro beneficiário. A dinâmica obrigacional desenvolve-se do seguinte modo:

(...) no seguro caução, existe um trilátero relacional, no primeiro lado o segurado e o segurador, no segundo o segurado e o seu credor e no terceiro a eventual relação entre o segurador e o terceiro beneficiário. Duas figuras distintas se encontram em relação com o segurador, o tomador, que subscreve e o terceiro, que recebe a eventual verba da indenização.⁵⁹

Como aponta Vasques⁶⁰, existem divergências sobre a possibilidade de sub-rogação do segurador contra seu próprio segurado para pleitear reembolso. Por haver semelhante previsão no próprio contrato de seguro, o ressarcimento se revela possível e, assim o segurador, para conceder cobertura via seguro garantia, pode exigir contragarantias ou, no mínimo, capacidade patrimonial de parte do segurado.

5. Seguros obrigatórios: um debate antigo

Seguros facultativos, tal como explicitado em sua nomenclatura, são aqueles de livre escolha e contratação pelo segurado. A opção pelos seguros, nesse caso, está a depender essencialmente do nível de compreensão sobre responsabilidade e prevenção que detenha certo indivíduo. Por evidente, quanto maior seu grau de consciência sobre previdência, o indivíduo estará mais apto e propenso a contratar seguros ou outras formas de resguardo.

A opção pelos seguros, de forma facultativa, decorre, ainda, da maior ou menor propensão do indivíduo aos riscos; maior ou menor aversão a eles. Se, por um lado, seguros proporcionam resiliência, por outro, entidades ou indivíduos com maior capacidade de auto resiliência, com recursos e capacidades próprios, podem não optar por esses serviços. Os seguros facultativos, portanto, atendem a interesses (legitimamente) egoísticos, de resguardo pessoal, familiar ou institucional. Diferem substancialmente dos seguros obrigatórios.

59-SILVA SANTOS, Margarida. *Seguro de crédito*. Lisboa: Prime Books, 2004, p. 295-296.

60-VASQUES, José. *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 155.

Os seguros obrigatórios são compulsórios por força de lei, sendo muito comum a instituição desse tipo de obrigação nos seguros de responsabilidade civil. Se, anteriormente, afirmou-se que os seguros têm foco nos interesses e na proteção do segurado e de seu patrimônio, nos obrigatórios há uma alteração do foco, cuja preocupação está na proteção da coletividade, difusamente considerada. Trata-se, aqui, de situação destacada de cumprimento de uma função social pelos seguros, evidenciando-se o viés da solidariedade. Solidariza-se a obrigação de reparar os danos. No Brasil, os seguros obrigatórios encontram previsão no artigo 20 do Decreto-Lei nº 73/1966.

Apesar da destacada função social que possam desempenhar, os seguros obrigatórios são passíveis de crítica. Neste sentido, afirma Polido, sobre a obrigatoriedade dos seguros ambientais, que “*os seguros obrigatórios já existentes no Brasil não desempenham adequadamente a função a eles atribuída e, tudo indica, pelo simples fato da contratação ser de natureza coercitiva. A obrigação de reparar danos vem sendo cada vez mais exercitada também na nossa sociedade, mas certamente não terá especial crescimento, via seguros obrigatórios, contrariando o movimento acontecido com aparente eficácia em outros países. Não será a compulsoriedade da contratação dos seguros de responsabilidade civil, portanto, que desenvolverá este segmento no mercado segurador brasileiro. Em suma, a medida (a obrigatoriedade) cria nova e particular situação jurídica sobre o contrato de seguro, que não se assemelha aos tratados clássicos doutrinários sobre os seguros de responsabilidade civil.*”⁶¹

Considerando essa questão, especialmente pelo prisma dos seguros ambientais, a compulsoriedade merece atenção mais detalhada, o que será feito em momento próprio.

6. Uma primeira sugestão: danos individuais e sua projeção massificada - seguros obrigatórios em um modelo de *first-party insurance*?

Os danos individuais, ao contrário dos ecológicos e dos difusos, são exemplos típicos de riscos tradicionalmente amparados pelos seguros, sobre os quais existe vasta experiência no setor segurador. O que ocorre é que, transpondo-se o universo dos danos individuais para o dos riscos ambientais, haverá, geralmente, se não sempre, situação

61 - POLIDO, Walter. Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, v. 28, n. 11/12, novembro/dezembro, 2016, p. 62.

com potencial multiplicação de indivíduos lesados. Considere-se, por exemplo, a situação de exposição de grupos vulneráveis em regiões próximas a empreendimentos industriais e sujeitos a riscos ambientais – circunstância em que haverá, em caso de sinistro, enorme massificação de danos.

Furedi detém-se sobre o tema da vulnerabilidade: o termo vulnerabilidade é habitualmente usado como se se tratasse de uma característica permanente de um dado perfil biográfico. A vulnerabilidade é apresentada e experienciada como um estado natural, que molda a reação do ser humano. Trata-se de um rótulo para designar grandes grupos da sociedade. É essa a razão pela qual passou a ser comum utilizar o conceito – recentemente construído⁶² – de grupos vulneráveis. A expressão “grupo vulnerável” não designa só grupos de pessoas psicologicamente abaladas ou uma pequena minoria de indivíduos desprovidos de segurança económica.⁶³

Os danos massificados (*mass torts*) caracterizam-se pelo atingimento de uma multiplicidade de pessoas; contudo, a quantidade não constitui o único critério, devendo ser levados em conta, ainda, a dispersão geográfica, a dispersão temporal ou latência do dano e a repetição de padrões fáticos.⁶⁴

62-A propósito, *O sentimento de vulnerabilidade está de tal forma entranhado no nosso imaginário cultural, que facilmente nos passa despercebido o facto de se tratar de um conceito só recentemente inventado. A expressão ‘grupo vulnerável’ começou a ser usada na década de 1980. [...] Antes de meados dos anos 80, eram raras as ocorrências da expressão, que passa a ser amplamente utilizada entre 1985 e 1987 (LexisNexis 1960-2004). Mais importante do que isso parece ser o facto de, em finais da década de 80, o significado da palavra ‘vulnerável’ ter sofrido uma transformação, passando a referir a identidade intrínseca da pessoa. A partir de então a expressão significa não só a relação do indivíduo com as suas circunstâncias, como por exemplo a pobreza, mas uma condição inerente ao próprio indivíduo. A nova expressão ‘os vulneráveis’ traduz perfeitamente essa evolução. A mudança do adjetivo ‘vulneráveis a...’ para o substantivo ‘os vulneráveis’ consolida a ideia da impotência como um estado, como uma forma de existir.* FUREDI, Frank. Para uma sociologia do medo. In: MENDES, José Manuel de Oliveira (Coord.). *Risco, cidadania e Estado num mundo globalizado*. Coimbra: Contexto, CES – Centro de Estudos Sociais, 2013, p. 205-206.

63-FUREDI, Frank. Para uma sociologia do medo. In: MENDES, José Manuel de Oliveira (Coord.). *Risco, cidadania e Estado num mundo globalizado*. Coimbra: Contexto, CES – Centro de Estudos Sociais, 2013, p. 204.

64-MALO, Albert Azagra. *Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación*. Madri: Fundación Mapfre, 2011, p. 23.

A reflexão gira em torno da assegurabilidade dos danos individuais massificados. Sobre essa dimensão, sustentamos que, para tais riscos, faz-se necessária a instituição de seguros obrigatórios, que forneçam resposta imediata para o atendimento e a reconstrução pessoal e patrimonial das vítimas diretamente impactadas por um desastre. É nesse ponto, justamente, que os seguros evidenciam seu potencial como instrumento em favor da construção de resiliência.

Tratando-se de seguros obrigatórios, vislumbra-se a possibilidade de ação direta do terceiro contra o segurador, reclamando indenização conforme os danos que forem demonstrados na apuração do sinistro (regulação e liquidação), o que servirá como forma de resposta imediata para atendimento das vítimas. Tal modelo já existe, por exemplo, na Colômbia, onde há previsão na Lei nº 491/1999 sobre seguro obrigatório para cobrir os prejuízos econômicos quantificáveis a pessoas determinadas como parte ou como consequência de danos ao meio ambiente e aos recursos naturais, sendo tal obrigatoriedade extensível a todas as atividades humanas que possam causar danos quantificáveis a pessoas determinadas e que estejam sujeitas ao licenciamento ambiental.⁶⁵

Alternativamente, e reforçando a preocupação de atendimento emergencial em favor das vítimas, sugere-se a construção de um modelo obrigatório, não na modalidade de seguros de responsabilidade civil, mas de danos patrimoniais e pessoais (acidentes pessoais). Ou seja, um misto de seguro de dano (patrimonial) com seguro de pessoas (acidentes pessoais), nos quais os segurados serão cada uma das pessoas expostas em um determinado raio de risco. No caso, o poluidor-operador-empendedor figurará não na condição de segurado – como nos seguros de responsabilidade civil – mas de “estipulante”, responsável pelo pagamento dos prêmios. Seria possível, nesse cenário, o rateio do prêmio entre o estipulante, o Estado e, eventualmente, entre as próprias pessoas expostas (inclusive, se for do interesse, para fins de incremento do capital segurado). Seria, então, uma modalidade de seguro ambiental obrigatório para proteger as pessoas em situação de vulnerabilidade, que vivam em regiões de risco.

65 - Sobre o tema, ver PRIETO, Hilda Esperanza Zornosa. Comentarios a la ley colombiana 491 de seguro ecológico expedida el 13 de enero de 1999. In: PRIETO, Hilda Esperanza Zornosa. *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 596 e seguintes.

Essa proposta agrega ao enfrentamento da questão do risco moral e da seleção adversa na medida em que as possíveis vítimas figurariam na condição de seguradas; isso tornaria essa modalidade um seguro *first-party*, carreando vantagens para a precificação, pois possibilita a identificação do terceiro.⁶⁶

Um ponto de análise deve ser procedido a partir da reflexão sobre quem é ou quem está exposto ao risco – o segurado diretamente ou o segurado indiretamente. O risco diretamente do segurado, à sua pessoa e seus bens, vincula-se à figura dos seguros patrimoniais, quando os riscos sobre ele recaem diretamente (*first-party insurance*). Diferente é a possibilidade de riscos que indiretamente recaiam sobre o segurado, e isto é típico dos seguros de responsabilidade civil (*third-party insurance*), ou seja, o risco de o segurado ser responsabilizado decorre do risco de um terceiro sofrer um prejuízo (e reclamar a reparação do mesmo).⁶⁷

Isso tem relevante consequência na previsibilidade dos riscos que serão tomados pelo segurador, pois, no primeiro caso, a projeção de risco é mais viável, já que o segurador tem uma relação contratual direta com a potencial vítima, que será o próprio segurado. Assim, transforma-se em modelo da segunda categoria, pois o segurador não pode, antecipadamente, prever quem serão os terceiros. Mais do que isso, enquanto no *first-party insurance* o segurador, como conhece o sujeito e sua realidade, pode escolher seus segurados (inclusive rejeitando) e valorar possíveis impactos (projetando tanto no preço quanto no incremento das delimitações), nos seguros de responsabilidade (*third-party insurance*) esse conhecimento é dificultoso e, a depender da extensão, impossível.⁶⁸

66 - FAURE, Michael; BRUGGEMAN, Véronique. Catastrophic risks and first-party insurance. *Connecticut Insurance Law Journal*. Vol. 15, n. 1, 2008-09.

67 - BERGKAMP, Lucas. Environmental risk spreading and insurance. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*. Oxford: Blackwell, v. 12, n. 3, 2003, p. 272.

68 - BERGKAMP, Lucas. Environmental risk spreading and insurance. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*. Oxford: Blackwell, v. 12, n. 3, 2003, p. 273. O autor afirma que o *first-party insurance* é uma alternativa aos seguros de responsabilidade civil tradicional. Neste sentido para determinadas situações de risco (riscos graduais) um seguro direto do terceiro apresenta-se como solução possível para assegurabilidade. Afirma: “While this type of damage could not be covered in the liability context, it does not pose barriers to coverage by a first-party policy. [...] developments in liability law make it attractive for insurers to consider

Para Bergkamp, houve claro equívoco da Comissão responsável pela edição da Diretiva, que, segundo ele, teria agido melhor se tivesse optado por um modelo de *first-party insurance* em vez do modelo tradicional de seguros de responsabilidade civil. Assevera, ainda, ser vaga a noção do que seja, em determinados ordenamentos, o dano aos recursos naturais e à biodiversidade.⁶⁹ O presente estudo, pretende-se, servirá de base, ainda que inicial, para se avançar nestas modelagens no cenário brasileiro.⁷⁰

7. Referências bibliográficas

ALMADA, Beatriz de Moura Campos Mello. O seguro garantia como mitigador de riscos nos grandes projetos. In: SCHALCH, Debora (org.). *Seguros e resseguros: aspectos técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARBAT, Andrea Signorino. *Los seguros de responsabilidad civil: caracteres generales y coberturas principales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de seguro no Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERGKAMP, Lucas. Environmental risk spreading and insurance. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*. Oxford: Blackwell, v. 12, n. 3, 2003.

alternatives for the classical liability insurance, specifically alternatives that allow the insurer, not the courts, to define the scope of coverage. In a third-party context, many types of environmental damage are not insurable, or are insurable only to a limited degree". BERGKAMP, Lucas. Environmental risk spreading and insurance. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*. Oxford: Blackwell, v. 12, n. 3, 2003, p. 276.

69 - A respeito, ver BERGKAMP, Lucas. Environmental risk spreading and insurance. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*. Oxford: Blackwell, v. 12, n. 3, 2003, p. 278-279.

70 - Para uma análise da experiência em outros países, especialmente em França e Bélgica, em face de riscos catastróficos naturais e/ou antrópicos, vide FAURE, Michael; BRUGGEMAN, Véronique. Catastrophic risks and first-party insurance. *Connecticut Insurance Law Journal*. Vol. 15, No. 1, 2008-09.

BRASIL. Lei Estadual (MG) 23.291, de 25/02/2019.

BRIYS, Eric; VARENNE, François de. Assurance et marchés financiers: concurrence ou complémentarité? Em EWALD, François; LORENZI, Jean-Hervé. *Encyclopédie de l'assurance*. Paris: Economica, 1998.

BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro – o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CALVÃO DA SILVA, João. Seguro de crédito como seguro de grandes riscos: garantia indenizatória acessória ou autônoma. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2016.

DAMASCENO, Arthur Sabino. Seguro ambiental: considerações acerca da efetiva reparação dos danos à luz do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Antonio Carlos (coord.). *Em Debate, 6: contrato, dano ambiental, governança corporativa, risco*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2006.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XI: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FAURE, Michael; BRUGGEMAN, Véronique. Catastrophic risks and first-party insurance. *Connecticut Insurance Law Journal*. Vol. 15, n. 1, 2008-09.

FERREIRA SILVA, Rita Gonçalves. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FUREDI, Frank. Para uma sociologia do medo. In: MENDES, José Manuel de Oliveira (Coord.). *Risco, cidadania e Estado num mundo globalizado*. Coimbra: Contexto, CES – Centro de Estudos Sociais, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Coord. Tradución Javier Torres Nafarrate. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2006.

MALO, Albert Azagra. *Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación*. Madri: Fundación Mapfre, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito dos Seguros: apontamentos*. S. João do Estoril: Principia, 2006.

MENDES, Armindo Ribeiro. Novos horizontes do contrato de seguro as exigências do século XXI. Em MOREIRA, António; MARTINS, M. Costa (coord.). *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros* (Lisboa). Coimbra: Almedina, 2000.

MONTI, Alberto. *Environmental risks and insurance: a comparative analysis of the role of insurance in the management of environment-related risks*. OCDE, 2002. Disponível em: <www.oecd.org/finance/financial-markets/1939368.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Análise de juridicidade de proposições legislativas. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2014. Acesso em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502897>.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no Direito das Obrigações: um ensaio de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. MERCATURA – Colección Estudios de Derecho Mercantil n. 19. Granada: Comares, 2005.

POLIDO, Walter. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

_____. Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, v. 28, n. 11/12, novembro/dezembro, 2016.

PRIETO, Hilda Esperanza Zornosa. Comentarios a la ley colombiana 491 de seguro ecológico expedida el 13 de enero de 1999. In: PRIETO, Hilda Esperanza Zornosa. *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010.

SARAIVA NETO, Pery. Seguros paramétricos frente aos desafios de adaptação às mudanças climáticas. In: CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery (org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro - Ano V*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

____; FENILI, Maiara B. Declaração/averbação de cargas nas apólices abertos do Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador de Cargas: Julgado do STJ - REsp n. 1.318.021. *Revista Jurídica de Seguros*. Rio de Janeiro: CNseg, 2016, v. 4.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA SANTOS, Margarida. *Seguro de crédito*. Lisboa: Prime Books, 2004.

VASQUES, José. *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro: ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

O Seguro Prestamista. Seguro de Pessoa x Seguro de Dano em garantia de obrigações na modalidade crédito. Diferenças em relação ao seguro de vida tradicional. A recente regulamentação pela Resolução CNSP nº 365 de outubro de 2018

Ricardo Bechara Santos

Ante a complexidade do tema, não seria demasiado lembrar as palavras de RUI BARBOSA: “O direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária, que as atrofia ou desenvolve”.

Resumo: O presente texto trata das diferenças entre o seguro de vida tradicional e o seguro prestamista. Seria seguro de dano ou de pessoa, ou, ainda, um pouco de cada um? Quem é o segurado, o beneficiário, e o estipulante, e quais são as consequências positivas ou negativas do enquadramento? Destaca no Código de Conduta da CNseg as recomendações para comercialização do seguro prestamista e analisa a recente edição da Resolução nº 365 do CNSP, em outubro de 2018, que passou a regulamentar o seguro prestamista.

Abstract: The present work deals with the differences between traditional life insurance and credit life insurance. Is credit life insurance considered damage or personal insurance, or, a little of each? Who is the policyholder, the beneficiary and the insurance stipulator, which are the positive or negative consequences of the framework. Highlights the CNseg

* Consultor Jurídico em Direito de Seguro. Membro efetivo da AIDA-Brasil. Autor das obras: Direito de Seguro no Cotidiano, Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria e Coletânea de Jurisprudência STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização. Coautor de diversas outras obras.

Code of Conduct recommendations for marketing the credit life insurance and analyzes the recent edition of Resolution 365 of the CNSP, in October 2018, which began to regulate the credit life insurance.

Palavras-chave: Seguro prestamista. Seguro de dano. Seguro de vida tradicional. Titular do interesse. Segurado, beneficiário e estipulante. Seguro de crédito. Inadimplência no mútuo. Função indenizatória.

Keywords: Credit life insurance. Damage insurance. Traditional life insurance. Holder of interest. Policyholder, beneficiary and insurance stipulator. Credit insurance. Non-mutual default. Function of indemnification.

Sumário: 1. Introdução e o recente advento da Resolução CNSP nº 365/2018; 2. O conceito do contrato de seguro a partir do interesse legítimo do segurado; 3. Outros princípios e teorias; 4. O artigo 791 do Código Civil. O risco não é o objeto do contrato de seguro, o interesse, sim; 5. A corrente de entendimento de que o enquadramento do seguro deva ser feito em função de quem seja o portador do risco; 6. Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução e o recente advento da Resolução CNSP nº 365/2018

Um dos objetivos deste estudo é identificar as diferenças entre o seguro de vida tradicional e o seguro prestamista, de modo a deduzir se este último é seguro de dano ou de pessoa, ou um pouco de cada um e qual sua característica predominante. Objetiva, também, perquirir sobre quem é segurado, beneficiário ou estipulante, independentemente das consequências que daí possam advir, positivas ou negativas. Conforme seja o enquadramento, reflexos advirão, por exemplo, em relação ao prazo de prescrição, que pode variar: para o segurado, um ano, consoante artigo 206, § 1º, II do CC¹; para o estipulante, 10 anos, de acordo com o artigo 205 do CC²; para o beneficiário, 3 ou 10 anos, conforme seja a melhor leitura do artigo 06, § 3º, IX do CC³. Se fosse considerado seguro de dano, decorreria o seu não enquadramento como título executivo extrajudicial a que alude o art. 784 NCPC⁴, só admissível a princípio para o seguro de vida tradicional em caso de morte; tampouco integraria a lista de bens impenhoráveis do artigo 833⁵ do NCPC. Como seguro de dano, o segurado suportaria uma alíquota mais severa do IOF, aumentando a carga tributária, nos termos da legislação vigente. Ainda nesta hipótese, como seguro de dano, haveria submissão ao princípio indenitário e o consequente benefício do ressarcimento por sub-rogação, vedada nos

seguros de pessoa (artigos 786⁶ e 800⁷ do CC).

Em outubro de 2018 foi editada a Resolução CNSP nº 365, dispondo sobre as regras e critérios para operação do seguro prestamista e dando outras providências.

Finalmente foi editado um normativo específico a pretexto de disciplinar o seguro prestamista que, apesar de sua inegável importância para o mercado segurador (ver matéria no clipping da CNseg, de 24/10/18, mostrando que o seguro prestamista, que garante o pagamento de prestações, tem se destacado em termos de crescimento no mercado de seguro de pessoas neste ano, avançando acima de dois dígitos no acumulado de 2018 até agosto, conforme dados da FENAPREVI, tendo alta de 21,5% em 2017, com R\$ 7,4 bilhões em prêmios. Para também medir a importância do seguro prestamista para o mercado segurador, ver a ORIENTAÇÃO Nº 01 de 16/08/18, DO CONSELHO DE CONDUTA DA CNSEG, com Recomendações que serão comentadas nas Conclusões deste estudo. Até então, o seguro prestamista era tratado de forma bastante acanhada em um único dispositivo da Circular SUSEP nº 302/05, sobre seguros de pessoa, o que dava margem a considerações doutrinárias razoáveis e respeitáveis nos seus mais diferentes matizes, sobre a natureza jurídica desse seguro. Saber, por exemplo, se era seguro de dano ou de pessoa; se tem ou não função indenizatória; sobre quem afinal deva vestir a condição de segurado, de beneficiário, ou de estipulante. A doutrina trabalhava com pelo menos duas correntes para o enquadramento do seguro e quem deva ser considerado segurado: aquele que detém o interesse legítimo a ser garantido, no caso o mutuante ou agente financeiro, e aquele que detém a condição de portador do risco de morte ou invalidez, no caso o mutuário.

Já agora, com o novo normativo infralegal, certo ou errado, passou-se de forma menos obscura a se definir os personagens desse seguro,

6 - Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins. § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.

7 - Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro.

que de qualquer forma se diferencia dos seguros de vida tradicionais. Todavia, tal normativo não traz grandes novidades em relação à operação do seguro prestamista até então praticada, denotando que a regulamentação veio a reboque da prática de mercado. Senão, vejamos.

Em face da Resolução recém-editada, considerar-se-ão, para seus devidos efeitos, as seguintes definições:

I - credor: aquele a quem o devedor deve pagar o valor decorrente da obrigação contratada;

II - devedor: aquele que deve pagar o valor decorrente da obrigação contratada;

II- estipulante: pessoa física ou jurídica que propõe a contratação de plano coletivo, ficando investida de poderes de representação do segurado, nos termos da legislação e regulação em vigor, podendo assumir o papel do credor ou do devedor nas operações do seguro prestamista;

IV - obrigação: produto, serviço ou compromisso financeiro a que o seguro está atrelado, com vínculo contratual entre credor e devedor, que confere ao credor o direito de exigir do devedor o pagamento do valor correspondente;

V - segurado: pessoa física sobre a qual se procederá a avaliação do risco e se estabelecerá o seguro.

O novo normativo deixa claro que o seguro prestamista tem por objetivo amortizar ou custear, total ou parcialmente, obrigação assumida pelo devedor, no caso de ocorrência de sinistro coberto, nos termos estabelecidos nas condições contratuais, até o limite do capital segurado contratado. Não sem dizer que os planos de seguro prestamista poderão ser estruturados com uma ou mais coberturas de risco de seguro de pessoas, tais como, e entre outros a morte, invalidez, desemprego/perda de renda, doenças graves e incapacidade temporária, sendo vedado o oferecimento de cobertura com o objetivo distinto do aqui previsto. Vê-se, de pronto, que desemprego e perda de renda, por exemplo, mormente quando não tiver como causa a morte ou integridade física do mutuário, é cobertura com funções indenizatórias. Logo, inserta na modalidade de seguro de dano, por

mais que sejam inseridas em normativo de seguro de pessoa.

Consta do normativo que o seguro prestamista poderá estar atrelado a produtos, serviços ou compromissos, desde que tenham como característica o pagamento de determinada quantia em dinheiro ao credor, por parte do devedor, decorrente de obrigação contratual.

O seguro de que trata esta Resolução 365/18 poderá ser contratado de forma individual ou coletiva, devendo a contratação ser efetivada por meio de preenchimento de proposta e, nos planos coletivos, por adesão à apólice pelos proponentes, o que deverá ser precedido do preenchimento de proposta de adesão, nas formas previstas na regulamentação em vigor, sendo facultada a contratação por meio de bilhete, nos termos da legislação específica, hipótese em que a proposta costuma ser dispensada.

Quanto à sua comercialização, deve-se observar o disposto no inciso I do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor (tipifica a venda casada como prática abusiva)⁸, sendo vedada a sua oferta como condicionante para fornecimento, por terceiro, de produto, crédito ou serviço.

As propostas de contratação e de adesão, bem como os bilhetes de seguro deverão ser documentos próprios, distintos e apartados do instrumento de contratação da obrigação a que o seguro está vinculado. Já a apólice, nos seguros individuais, o bilhete e o certificado individual, deverão especificar a obrigação à qual o seguro está vinculado. Nos que nos seguros coletivos em que, na forma prevista na regulamentação em vigor, não for obrigatória a emissão de certificado individual, a obrigação à qual o seguro prestamista está vinculado deverá estar especificada na apólice. Não sem enfatizar que é obrigatório constar, em destaque, da proposta de contratação, da proposta de adesão, do bilhete de seguro e das condições gerais do seguro as seguinte informações:

I - A contratação do seguro é opcional, sendo facultado ao segurado o seu cancelamento a qualquer tempo, com devolução do prêmio pago referente ao período a

8-Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (...)

decorrer, se houver.

II – Na ocorrência de evento coberto, caso o valor da obrigação financeira devida ao credor seja menor do que o valor a ser indenizada no seguro prestamista, a diferença apurada será paga ao próprio segurado ou ao segundo beneficiário indicado, conforme dispuserem as condições gerais. (o grifo é meu, para observar que os editores de atos normativos infra legais, persistem no equívoco de confundir capital segurado com indenização, a não ser que, no caso, até mais provável, tenha tido mesmo o propósito de estabelecer funções indenizatórias ao seguro prestamista em algumas de suas modalidades, caso em que deveria ser qualificado como seguro de dano e não de pessoa).

Caso haja mais de um proponente responsável pelo pagamento da obrigação, a proposta deverá ser preenchida e assinada por cada um destes, nos termos do art. 5º da Resolução, sendo que, em caso de sinistro coberto, o valor da *indenização* (mais uma vez fala em indenização, sendo meu o grifo) deverá respeitar o percentual do capital segurado indicado na proposta para cada um dos segurados. Esse percentual deverá constar da apólice, nos casos de seguros individuais, e nos certificados individuais, no caso de seguros coletivos. Caso o pagamento da *indenização* (mais uma vez o equívoco, ou não se de dano mesmo o seguro em algumas de suas coberturas) referente a um ou mais segurados não extinga a obrigação, o seguro será mantido para os demais, relativamente à obrigação remanescente.

O seguro prestamista poderá ser contratado para obrigações assumidas por pessoas jurídicas de direito privado, desde que haja relação direta entre os riscos cobertos e a capacidade de a pessoa jurídica honrar o pagamento do valor relacionado à obrigação em caso de sinistro (vale observar que, neste caso, o seguro prestamista não poderia, a princípio, ser qualificado como de pessoa, já que pessoa jurídica não pode ser portador de risco de morte ou invalidez. Mas na verdade o seria na modalidade seguro em favor de terceiro a que alude o artigo 790 do CC)⁹. Por isso mesmo, reza o normativo que o seguro

9 - Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

deve ser feito sobre a vida de um ou mais sócios, titulares, instituidores, administradores ou empresários considerando o interesse legítimo da empresa sobre a preservação da vida dos mesmos, sendo que a formalização da inclusão de cada segurado deve ser realizada por meio do preenchimento de sua respectiva proposta, nos termos do art. 5º desta Resolução.

Permite o normativo em comento a elaboração de *seguro prestamista empresarial integral*, com dispensa de preenchimento da proposta de adesão, desde que apresente, simultaneamente, as seguintes características: I - seja seguro coletivo estipulado pela pessoa jurídica contratante da obrigação a que o seguro está atrelado, sem dispensa do preenchimento e assinatura de proposta de contratação; II - seja estruturado na modalidade de capital segurado vinculado ou variável; e III - o capital segurado individual seja apurado na data do evento, proporcionalmente à participação do segurado sinistrado na composição societária do estipulante em relação ao capital segurado integral, sendo que nesse caso não poderá ser estabelecido limite para o capital segurado individual, devendo constar das condições contratuais do seguro que o valor do capital segurado referente a cada sócio sofrerá variações decorrentes de mudanças na composição societária do estipulante, não sendo, no caso, obrigatória a emissão do certificado individual.

O *prazo de vigência* do seguro deverá estar especificado na apólice, no certificado individual, nas propostas de contratação e de adesão e no bilhete, sendo que o prazo deverá corresponder ao prazo da obrigação a que está atrelado, quando esta possuir data prevista de término. Nos casos em que a obrigação perdura por período indeterminado, o prazo de vigência deverá ser acordado entre as partes, sabido que, nos seguros coletivos, o prazo final de vigência do certificado individual não poderá ultrapassar o final de vigência da apólice. Caso o credor e o devedor repactuem o prazo original do contrato relativo à obrigação, deverá constar nas condições gerais que a seguradora deverá ser formalmente comunicada e que: I - se houver redução do prazo original, o seguro permanecerá vigente até o término do novo prazo, sem prejuízo, se for o caso, da devolução do prêmio correspondente ao período remanescente; e II - se houver ampliação do prazo original, a seguradora deverá se manifestar, dentro do prazo fixado na regulamentação aplicável, quanto ao interesse na extensão da vigência do seguro.

A sociedade seguradora, quando da elaboração do plano, deverá optar por uma das seguintes *modalidades de capital segurado*: I - *capital segurado fixo*: modalidade em que o capital segurado não varia ao longo da vigência, independentemente da evolução do valor da obrigação; II - *capital segurado vinculado*: modalidade em que o capital segurado é necessariamente igual ao valor da obrigação, sendo alterado automaticamente a cada amortização ou reajuste; e III - *capital segurado variável*: modalidade em que o capital segurado está atrelado a obrigação cujo valor possui comportamento imprevisível ou flutuante ao longo da vigência do seguro, tal como, mas não se limitando a, fatura de cartão de crédito e dívida de cheque especial.

Reza o normativo que quando o pagamento da indenização se der na forma de prestações sucessivas, as condições contratuais deverão prever o número máximo de parcelas cobertas e as condições para manutenção do pagamento destas (de notar, uma vez mais, que parece mesmo, com tanta repetitividade do termo *indenização* ao longo deste normativo para definir a prestação do segurador no seguro prestamista, seja por intenção ou por ato falho, que se quer mesmo defini-lo como seguro de dano pelo menos em dadas modalidades de cobertura e de capitais segurados, já que o seguro de pessoa, definitivamente, não tem função indenizatória).

Deverá estar definido nas condições contratuais se parcelas em atraso, juros e/ou multas decorrentes de eventual inadimplência no pagamento da obrigação por parte do segurado serão incorporados ao valor do *capital segurado* (esta a expressão mais adequada aos seguros de pessoa, mas parece que, na dicção do normativo, não se apresenta como a prestação do segurador, porém mais como que a velha expressão *importância segurada* para fins de fixação do prêmio e outros quejandos, como poderá ser observado ao longo deste comentário) e consequentemente à indenização (olha ela aí de novo, como expressão indicativa da prestação do segurador própria dos seguros de dano) a ser paga ao primeiro beneficiário em caso de sinistro coberto.

A Nota Técnica Atuarial deverá prever o critério de cálculo do prêmio do seguro segundo a natureza da cobertura, o valor e a forma de apuração do *capital segurado*. Com exceção dos planos estruturados na modalidade de *capital segurado fixo*, a Nota Técnica Atuarial deverá conter cláusula objetiva de recálculo do prêmio, para sua adequação aos diferentes valores da obrigação ao longo da vigência do seguro. Nos casos em que o *capital segurado* tiver padrão de comportamento

previamente conhecido e o prêmio não for recalculado e pago na mesma periodicidade de variação do capital segurado, a Nota Técnica Atuarial deverá considerar, na formulação do cálculo do prêmio, a variação dos valores de cobertura ao longo da vigência. No caso de o plano prever *limite máximo de capital segurado*, é vedado que haja cobrança de prêmio com critério de cálculo que tenha como base *capital segurado* superior a este limite. Cabe aqui a seguinte observação: *limite máximo de capital segurado* ou *limite máximo de indenização*?

Consoante o normativo aqui analisado, o primeiro beneficiário do seguro prestamista é o credor, a quem deverá ser paga a *indenização*, (ei-la de novo mostrada como expressão que designa a prestação do segurador de color indenizatório) no valor a que tem direito em decorrência da obrigação a que o seguro está atrelado, apurado na data da ocorrência do evento coberto, limitado ao *capital segurado* contratado (está-se a ver, mais uma vez, que capital segurado aqui se apresenta mais como um parâmetro e não para designar a prestação do segurador que, como vimos, é a *indenização*), sendo que a diferença entre a parcela da indenização devida ao credor e o capital segurado apurado na data do evento coberto, se houver, deverá ser paga ao próprio segurado ou ao segundo beneficiário indicado, conforme dispuserem as condições gerais, não sem considerar que na falta de indicação expressa de um segundo beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, serão beneficiários aqueles indicados por lei (artigo 792 do CC)¹⁰.

Feito assim o retrato da nova Resolução regulamentadora do seguro prestamista, passemos, então, às considerações doutrinárias sobre a sua natureza jurídica, que tanto valem para antes e depois da presente regulamentação, até porque, em que pese a mesma haver definido para seus efeitos as diversas figuras que compõem a sua contratação, traz em seu bojo ingredientes que podem fortalecer ainda mais tratar-se predominantemente de seguro de dano e suas funções indenizatórias.

10-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.

2. O conceito do contrato de seguro a partir do interesse legítimo do segurado

Fixado o objeto do contrato de seguro com base no interesse legítimo do segurado, o Código Civil de 2002 entra na chamada concepção unitária. (artigo 757)¹¹.

O conceito unitário adotado pelo Código que, embora se prestando tanto ao seguro de dano quanto ao seguro de pessoa, deixou nítida a diferença entre um e outro, não subsistindo margem a dúvidas. Assim, o *interesse no seguro de vida* seria bastante diferenciado do *interesse nos seguros de dano*, a começar pelo envolvimento da figura do beneficiário, que certamente influi no pensamento do instituidor e, por conseguinte, no *interesse do segurado no momento da conclusão do contrato*. Costumamos dizer, metaforicamente é bem verdade, que o *seguro de vida tradicional* é como que uma verdadeira carta de amor escrita pelo segurado, para ser lida pelo ente querido indicado como beneficiário após a morte do instituidor.

No seguro prestamista, o interesse do credor não estaria dirigido aos beneficiários que normalmente seriam nomeados num seguro de vida tradicional, mas voltado, sem altruísmo, para a proteção do seu patrimônio.

Para definir quem é segurado e, conseqüentemente, identificar a natureza do seguro, razoável se nos pareceria buscar aquele que detém *interesse legítimo* sobre pessoas ou coisas e se deseja protegê-las contra riscos. É o predomínio do interesse sobre a relação que melhor diria de que seguro se trata. No prestamista, o predomínio do interesse costuma ser do credor sobre o recebimento de seu crédito, e não propriamente sobre a pessoa do devedor, por isso *seguro de dano*, pois o seu interesse sobre a preservação da vida do mutuário é predominantemente para que ele possa cumprir o contrato subjacente de mútuo. Não seria de pessoa porque, em tal modalidade, o risco incide genuinamente sobre a pessoa do segurado, e não sobre interesses relativos a outros bens, como ocorre nos seguros de crédito, por exemplo, e em outros que tenham por objetivo a garantia de uma dívida ou obrigação. Deve

11 - Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

ser de dano todo seguro que tenha função predominantemente indenizatória, repositória, pois este é o traço mais razoavelmente diferenciador entre os seguros de dano e os de pessoa.

O seguro prestamista pode ser contratado não necessariamente pelo próprio portador do risco de morte ou invalidez, mas pelo credor de uma dívida que deixaria de ser paga se houvesse falecimento ou invalidez do mutuário, assumindo, inclusive, o encargo do prêmio integral e se fazendo destinatário da indenização ou capital segurado total, geralmente sem qualquer resíduo para os herdeiros do falecido (ver na regulamentação pela CNSP 365/18 comentada no item precedente, as diversas modalidades de capital segurado). Não sem lembrar de que nem sempre quem paga o prêmio é o segurado.

O seguro prestamista tal como até então praticado não revela estarmos diante de um seguro tradicional sobre a própria vida do segurado. Nessa hipótese, se ocorresse o sinistro e em caso de morte, o credor seria o beneficiário *livremente indicado* pelo detentor do risco (CC, art. 789)¹², numa função mais altruísta e gratuita do que econômica e financeira, e não o contratante do seguro.

Isso exatamente porque no seguro prestamista o detentor do interesse seria o credor, já que a dívida ou obrigação financeira se sobrepõe à pessoa. Casos há, destoando obviamente da boa prática, em que o mutuário pode nem saber da existência de um seguro de vida ao contrair a dívida junto ao agente financeiro e ao firmar uma ficha nomeando seu credor como destinatário integral e final da indenização. Não raro, a obrigação financeira garantida se põe no epicentro da relação contratual, sem permitir a conclusão de que o portador do interesse seja aquele beneficiário livremente instituído, diferentemente de como ocorreria no seguro de vida tradicional.

3. Outros princípios e teorias

No seguro prestamista o credor, como detentor do interesse segurável, melhor se apresenta com as características e roupagens de segurado, não só porque contrata o seguro - principalmente nas hipóteses em que paga o prêmio - mas principalmente porque

12-Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

costuma ser o detentor mesmo do interesse segurado, que incide sobre a necessidade de a dívida vir a ser satisfeita (*Teoria da Satisfação de uma Necessidade Eventual*, que baliza o conceito unitário do contrato de seguro, cristalizado no artigo 757 do CC). No seguro prestamista, o agente financeiro pode reunir as condições não só de segurado como de estipulante e beneficiário.

Pelas razões já mencionadas, o *Princípio da Transparência Jurídica* e a *Teoria da Aparência* estariam a recomendar, por si sós, o enquadramento do seguro prestamista para o seu habitat mais natural, onde reside toda a família dos seguros de dano, para que o mesmo não continue meio que escamoteado, embuçado, camaleonicamente, no biombo de um seguro de pessoa e, assim, a confundir o consumidor ou tomador de seguros.

EMILLIO H. BULLÓ¹³, notável jurista argentino, sustenta em sua obra que o interesse segurável no seguro de dano, elemento essencial de qualquer contrato de seguro, é uma relação patrimonial que uma pessoa tem a respeito de uma coisa ou de um direito para que não se realize o risco que provocará um demérito em seu valor, ou que provocará um dano patrimonial ao titular do dito interesse. Na senda de tal lição, outra conclusão não se tira senão a de que, no seguro prestamista, o interesse predominante é do credor e está em preservar a integridade do capital que investiu no financiamento. Sendo ele o titular de tal interesse patrimonial, estaríamos diante de um seguro de dano, mais propriamente do que de pessoa, pois tal se filia ao princípio indenitário que rege os seguros de dano ou patrimoniais.

Assim sucede, por exemplo, no *seguro saúde* eis que, apesar da sua aparente identificação como seguro de pessoa, em face dos riscos pessoais relacionados à saúde e integridade física do segurado, em verdade cuida-se mesmo de seguro de dano, justo porque o que se garante é o risco financeiro com o tratamento da saúde do segurado, por isso que o artigo 802 do Código Civil¹⁴ o afasta, expressamente, da seção reservada à disciplina dos seguros de pessoa.

No seguro prestamista, a morte ou incapacidade do mutuário

13- BULLÓ, Emilio H. “*El derecho de seguros y otros negocios vinculados*”, tomo 1, da editora Ábaco, 1998, p.275.

14- Art. 802. Não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado.

se apresenta apenas como uma das causas de inadimplência, como possibilidade de a dívida por isso não ser paga. Enfim, trata-se de seguro que, a rigor, não está finalisticamente a cobrir o risco de integridade física dos mutuários, mas a assegurar uma obrigação financeira, garantindo a reposição de um dano, de um prejuízo que o mutuante (verdadeiro segurado) teria com a inadimplência do mutuário, ainda que decorrente de sua morte ou incapacidade.

4. O artigo 791 do código civil. O risco não é o objeto do contrato de seguro, o interesse sim

Com efeito, não se pode nem deve comparar o seguro de vida tradicional com o prestamista, já que, naquele, a indicação de beneficiário é, em regra, gratuita, enquanto neste, não. Costumo até dizer - já disse alhures e aqui repito - que o seguro de vida tradicional é verdadeira carta de amor escrita pelo segurado, para ser lida pelo beneficiário, normalmente um ente querido, após a morte do instituidor.

Na lição de FABIO KONDER COMPARATO¹⁵, o seguro de crédito – como deve ser entendido o seguro prestamista contratado pelo credor –, como todo negócio jurídico, “define-se pelo seu objeto e pela sua causa. Objeto de um negócio de seguro é sempre um *interesse* submetido ao risco. Causa do seguro é a assunção deste risco pela companhia seguradora”. O risco, enfim, que é o sinistro em potência, enquanto o sinistro, o risco em ato, é elemento nuclear do contrato de seguro, mas não o seu objeto.

A noção jurídica de crédito, na teoria geral do direito privado, designa o direito do sujeito ativo numa relação obrigacional, ou, mais precisamente, o direito à prestação do devedor. Segundo a análise dualista da obrigação, o crédito é um direito de pura fruição: credor é aquele em proveito de quem a prestação deve ser executada. Ora bem, se assim se dá, o detentor do interesse legítimo segurado, em qualquer seguro de garantia de obrigação de crédito, do qual não escaparia o seguro prestamista, não será outro senão o credor. Isso bastaria para determinar o enquadramento de seguros como que tais na categoria dos seguros de dano, na modalidade de seguro de crédito.

O prejuízo causado pela inadimplência é sofrido pelo credor, razão suficiente para se perceber que é ele o detentor do interesse

15-COMPARATO, Fábio Konder: *O seguro de crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

segurado no caso, não pelo crédito em si, mas pelo valor econômico que tal crédito representa no patrimônio do “segurado”, que em regra coincide com o valor pecuniário da prestação devida na relação obrigacional. Motivo extra para tratá-lo mais como seguro de dano do que de pessoa, porque este deve se abstrair da relação creditícia e ter como apanágio a liberdade de nomeação de beneficiário, o que não sucede nos seguros de crédito, tampouco no seguro prestamista, tal como vem sendo praticado, máxime no seu desenho de *capital decrescente*, pelo qual nada sobra para o beneficiário que o estipulante nomearia não fosse a dívida assumida com o mutuante.

A condição de segurado de que a instituição financeira mutuante se reveste nesse pseudo seguro de pessoa, com a devida vênia, melhor se vê sob o prisma do interesse legítimo segurado a que alude o artigo 757 do Código Civil. Já no artigo 790, referida instituição financeira realizaria seguro sobre a vida de outrem, mas com interesse no resgate de uma dívida, só por isso manifestando interesse jurídico e econômico sobre a vida de seus mutuários. Daí ser razoável o entendimento da doutrina no sentido de que a identificação do elemento *interesse* deva recair sobre a instituição financeira mutuante, na condição de segurado, não só porque costuma na prática ser ela a contratante e pagadora do prêmio, como porque o seu interesse também subsiste sobre a garantia de uma obrigação, na vertente de seguro de dano que o seguro em tela atrai, por suas características especiais, por suas peculiaridades notórias.

Não é pelo só fato de o artigo 791 do Código Civil¹⁶ admitir, acanhadamente, é bem verdade, que o seguro de vida possa servir de garantia de uma dívida, que seguros do tipo prestamista sejam necessariamente qualificados como seguros de pessoa, pois este não seria o seu elemento classificador.

A propósito, o artigo 791 citado só se explicaria como definidor da natureza jurídica do contrato, se o seguro já nascer com a característica e a vocação de seguro de pessoa, isto é, dentro da estrita definição que se lhe dá o artigo 789 do Código, que pressupõe, no seu elemento definidor, a *liberdade de estipulação do capital segurado*. O fato de apenas constar da seção dos seguros de pessoa do Código a referência de que esse tipo de seguro possa

16-Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade.

servir de garantia de uma obrigação, não o faz, necessariamente, um seguro de pessoa, sendo insuperável que antes nasça como tal personificado, na sua própria definição (art. 789 do CC).

O fato de o *seguro viagem* e o *seguro educação*, por exemplo, estarem, assim como o seguro prestamista, entre outros referidos em uma Circular da SUSEP que trata de seguros de pessoa (Circular nº 302/05) não faz com que tais seguros percam a feição de seguros de dano, pois não seria curial admitir como predominante ou tipicamente de pessoa um seguro que cubra extravio de bagagem ou perda de renda para a educação de um estudante. Ou um seguro cujo objetivo é a garantia da satisfação de um crédito.

Da mesma forma, em sentido inverso, não seria o só fato de o seguro de acidentes pessoais de passageiros (APP), vir comercializado no âmbito de um seguro de automóvel (e como tal previsto em um ato normativo da SUSEP que trata de seguro de dano) que o faz seguro de dano, necessariamente.

Sendo o objeto do contrato de seguro o interesse legítimo do segurado, e não propriamente o risco, o bem ou a pessoa, forte é o entendimento de que a classificação do seguro deve levar em conta quem detém o interesse legítimo predominante, e não necessariamente quem detém ou porta o risco em si.

O conceito de contrato de seguro assentado no artigo 757 do Código Civil, estruturado no caráter unitário do interesse legítimo do segurado, conduz ao entendimento de que o legislador cunhou a teoria de que seguros mencionados na seção dos seguros de pessoa podem ter função indenizatória. Nessa hipótese, se ocorrente, estes se transmudam para seguro de dano e, como tal, sujeitam-se às regras concernentes a esse tipo de seguro, justo porque o princípio indenitário é o elemento nuclear dos seguros de dano, fator primordial que os diferencia dos seguros de pessoa.

No seguro prestamista na modalidade crédito, a necessidade predominante a ser satisfeita é a reposição do patrimônio do credor que seria desfalcado pela inadimplência, mesmo a despeito da falta de pagamento da dívida se relacionar com a morte ou invalidez do devedor. O seguro prestamista tem índole indenizatória predominante, ao contrário do caráter não ressarcitório que define os seguros de pessoa, ainda que oneroso, bilateral, aleatório, como soe ser qualquer contrato de seguro, seja de dano ou de pessoa.

Pode uma pessoa celebrar seguro sobre a vida de outrem, realmente, mas o proponente é obrigado a justificar o seu interesse na preservação da vida do segurado, se não for parente próximo. Ou seja, o legislador, nesse caso específico, considera segurado não o contratante ou estipulante, mas o portador do risco garantido, que é a morte, se não há o interesse predominante na obrigação financeira a garantir.

Contudo, no seguro prestamista, com o desenho que a ele se tem dado, mormente nos de crédito consignado, não é o portador do risco de morte quem detém o interesse segurável, mas sim o contratante, aquele agente financeiro ou credor que quer ver o seu patrimônio recomposto pela recuperação do crédito decorrente do financiamento que fez ao mutuário.

Já no denominado seguro de vida tradicional, o segurado é considerado como aquele que se apresenta como portador do risco garantido – a morte ou a invalidez. Entrementes, no seguro prestamista, vale repetir, o interesse é daquele que ofertou o crédito. E tal se daria mesmo que se pudesse visualizar um interesse híbrido, ou duplo: (I) o de quem concedeu o crédito, fiado no fato de que, sobrevindo a morte do devedor, o receberá; e (II) o do próprio portador do risco, na medida em que, com a sua morte, o espólio ficaria liberado da dívida que contraiu. Mesmo assim, o interesse predominante é o do credor, não sendo por outra razão que o artigo 791 do Código excepciona a regra de substituição de beneficiário, vedando-a justamente quando o seguro estiver garantindo uma obrigação, cortando cerce aquela liberdade de indicar e mudar o beneficiário de que tratam os artigos 789 e seguintes do Código.

Com efeito, quando o titular do interesse for pessoa distinta daquela sobre quem recai o risco, é necessário entender que se deve classificar como “segurado” o detentor do interesse. Tanto assim é que, no seguro prestamista, o mutuário não tem o poder de substituir o beneficiário, justo porque o interesse legítimo é do credor. E se não pode nomear livremente o beneficiário ou a qualquer tempo substituí-lo, é o quanto basta para se inferir que não é ele o detentor ou titular do interesse legítimo segurável, muito menos do interesse legítimo do segurado, nos moldes do artigo 757 do CC.

ERNESTO TZIRULNIK¹⁷ é taxativo quando afirma, comentando

17 - TZIRULNIK, Ernesto: *Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código*

o artigo 757 do Código Civil de 2002, que:

O interesse legítimo, também esclarece o dispositivo comentado, deve ser de titularidade do segurado, o que tem estreita relação com a legitimidade. Por essa razão é que se deve identificar o segurado a partir da identificação do titular do interesse garantido. Assim, embora muitas vezes o documento probatório do seguro (apólice etc.) registre um determinado sujeito como sendo o segurado, o verdadeiro segurado poderá ser outro.

TZIRULNIK é ainda mais incisivo quando comenta, na mesma obra citada, o artigo 789 do Código:

O seguro pessoal para garantia de obrigações, por exemplo, é típico seguro de dano, na medida em que o credor não poderá receber valor superior ao débito do segurado. Típico seguro de dano é o denominado seguro-saúde, mas, como a essa modalidade de seguro não se aplicam as disposições do seguro de pessoa (art. 802), não será ele objeto de nossas cogitações. O seguro sobre a vida de outrem, o seguro de acidentes pessoais nas garantias de invalidez, o denominado seguro de diárias por incapacidade temporária decorrente de acidente ou doença, todos têm função indenizatória, ainda que em regra não haja necessidade de se estabelecer prestação do segurador na exata medida do prejuízo sofrido. (o grifo é da transcrição).

FABIO KONDER COMPARATO¹⁸, mesmo antes do Código Civil de 2002, já professava a tese de que o detentor do risco não é o elemento identificador do segurado, por isso: *Em qualquer hipótese, segurado é sempre o titular do interesse submetido ao risco.*

Também nessa linha a abalizada doutrina de ADILSON CAMPOY¹⁹, em sua obra: *O segurado é aquele que, na relação contratual de seguro, detém o legítimo interesse a ser garantido e isto nos leva a considerações importantes. A primeira delas é que nem sempre o segurado será o contratante do seguro e nem mesmo aquele que figura como tal na apólice...*

Realmente, assim como no seguro de dano, no seguro de pessoa

Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

18-COMPARATO, Fábio Konder: *Direito empresarial, estudos e pareceres*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 448.

19-CAMPOY, Adilson. *Contrato de seguro de vida*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

o segurado deve ser identificado a partir do titular do interesse segurado. A discussão sobre o tema não é apenas acadêmica, por isso poderá trazer importante repercussão na regulação de sinistros e até na carga tributária e no enquadramento dos prazos prescricionais, como se mencionou no resumo ao início deste estudo.

O seguro prestamista costuma destinar-se a saldar dívida do “segurado” com determinado credor, em caso de sua morte ou invalidez e, talvez por isso, açodadamente, é bem verdade, vem assim enquadrado na classificação dos seguros de pessoa, talvez só pelo fato de se falar em morte ou invalidez, que é apenas uma das causas determinantes da inadimplência.

Também por ser utilizado em operações de crédito, o seguro prestamista deveria ser visto mais apropriadamente como seguro de crédito, já que este, igualmente, presta ao credor garantia do risco de inadimplência do devedor, mesmo que a inadimplência decorra da morte ou incapacidade do devedor. Tanto um quanto outro é espécie de garantia ao credor, indutores, portanto, de oferecimento de crédito em geral, fato que revela sua importância no mundo moderno, posto que, hoje, mais que em qualquer outra época, o crédito é fator essencial para a expansão dos negócios, sejam privados ou públicos, pequenos (microcréditos, na esteira de que se persegue o *microseguro*) ou grandes.

Nenhuma crítica se faz à validade jurídica do seguro prestamista, muito ao contrário, apenas se objetiva, com o presente estudo, a necessária distinção e consequente enquadramento entre o seguro de vida tradicional, mesmo que sobre a vida de outrem, e o seguro de crédito mascarado de seguro de vida. Afinal, como bem orienta a acatada doutrina de ADILSON CAMPOY²⁰, o seguro prestamista, ao garantir, em caso de morte ou invalidez do “segurado”, o cumprimento de obrigação que este tenha para com o beneficiário, se mostra como instituto *largamente utilizado pelas instituições financeiras nas operações de crédito ao consumidor, sendo, sem dúvida, um instrumento de alavancagem dessas operações, pois torna menor o risco de não recuperação de crédito.*

A propósito, ainda com CAMPOY, na mesma obra e páginas citadas, ao prelecionar sobre as formas de contratação do seguro

20-CAMPOY, Adilson. *Contrato de seguro de vida*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 176 e ss.

prestamista, esse autor sinaliza, mesmo que subliminarmente, a sua natureza de seguro de dano, ao menos em relação a uma de suas formas de contratar. Senão, vejamos:

Há duas maneiras de contratação do denominado seguro prestamista: numa delas, a instituição que concede o crédito exige que o mutuário celebre contrato de seguro de garantia, em caso de sua morte ou invalidez permanente, o pagamento do saldo devedor apurado na ocasião; noutra, o contrato é celebrado pela própria instituição financeira, hipótese em que se caracteriza um verdadeiro seguro sobre a vida de outrem que tem, porém, a mesma finalidade: quitar o saldo devedor da operação apurado na data do sinistro. Em resumo, o seguro prestamista poderá resultar de um seguro sobre a própria vida para garantia de obrigação do segurado, ou de um seguro sobre a vida de outrem, eis que flagrante o interesse da instituição financeira na preservação da vida do mutuário. (os grifos não são do original).

Mais à frente, o autor supracitado arremata dizendo, e com razão, mormente quando o seguro é contratado com *capital decrescente* (o valor do capital será sempre equivalente ao saldo devedor do financiamento, vale repetir), que, *de fato, estamos novamente diante de um seguro com função indenizatória, expressamente autorizado pelo artigo 791 do CC/2002* (grifo nosso). É dizer, com todas as letras, tratar-se de seguro de dano e, a nosso sentir, na modalidade “seguro de crédito”.

5. A corrente de entendimento de que o enquadramento do seguro deva ser feito em função de quem seja o portador do risco

Com efeito, existem entendimentos, não menos respeitáveis, e com razoável coeficiente de sustentabilidade, no sentido de que o enquadramento do seguro deva ser feito em função de quem seja o *portador do risco* que, no seguro prestamista, deveria mesmo ser considerado como segurado o mutuário na modalidade em que a inadimplência se dê por causa de morte ou invalidez, considerando-se que a única hipótese coberta para a quitação do mútuo seja pela inadimplência decorrente de tais riscos pessoais do mutuário na sua integridade física, e não por outras causas, razão pela qual tal corrente doutrinária milita pelo enquadramento como seguro de pessoa em tais circunstâncias. Mas nem mesmo a Superintendência de Seguros

Privados - SUSEP, ao editar a sua Circular nº 302/05, a teor do que dispõe o seu artigo 37, § 1º ²¹ (raro, senão único, momento em que o seguro prestamista era como tal mencionado nos atos normativos até o advento da CNSP 365/18) fora o suficientemente clara quanto ao enquadramento do seguro prestamista como seguro de pessoa, muito ao contrário, tanto que estabelece como seu objetivo a *garantia de quitação de uma dívida* e consequente função indenizatória típica dos seguros de dano, ao menos na parte em que o credor figura como beneficiário, consoante adiante se nota: *Nos seguros prestamistas, cujo objetivo é garantir a quitação ou amortização de dívida contraída ou atender a compromisso assumido, o primeiro beneficiário é o credor, devendo a diferença entre o saldo da dívida ou o compromisso assumido e o capital segurado, quando for o caso, ser paga ao segundo beneficiário.*

Também o CNSP na oportunidade que teve para regulamentar a matéria em sua recente Resolução 365/2018, comentada no item 1 deste estudo, manteve os ingredientes predominantemente indenizatórios na morfologia do seguro prestamista, porém, mantendo o enquadramento do seguro prestamista na categoria dos seguros de pessoa.

6. Conclusões

Pode-se assim *concluir* que ao menos parte do seguro prestamista hoje operado como seguro de pessoa pode, segundo a ótica do interesse legítimo segurável, ser enquadrado como seguro de dano na modalidade crédito, nada obstando que outra parte se mantenha como seguro de pessoa, por exemplo, aquele que é contratado pelo próprio devedor, bastando que sejam redesenhados os respectivos produtos. Dependendo do perfil de cada um, o seu enquadramento deve ser orientado, como de dano ou de pessoa, conforme a predominância do interesse segurado. Nessa linha de entendimento, o “produto” deveria

21 - Circular nº 302/2000. Art. 37. São as pessoas físicas ou jurídicas designadas para receber os valores dos capitais segurados, na hipótese de ocorrência do sinistro; § 1º. Nos seguros prestamistas, cujo objetivo é garantir a quitação ou amortização de dívida contraída ou atender a compromisso assumido, o primeiro beneficiário é o credor, devendo a diferença entre o saldo da dívida ou o compromisso assumido e o capital segurado, quando for o caso, ser paga ao segundo beneficiário; § 2º. Para fins desta Circular, entende-se credor como sendo a pessoa jurídica a quem o segurado paga prestações periódicas em decorrência da dívida contraída ou do compromisso assumido.

ser encaminhado para registro na SUSEP como seguro de dano ou como seguro de pessoa, conforme a compleição de um ou de outro.

Afinal, não estamos aqui questionando ou sequer duvidando da legitimidade, licitude e importância do seguro prestamista, muito pelo contrário, mas apenas apontando como tese a possibilidade jurídica de seu reenquadramento por outra ótica - como recomendam os princípios da aparência e da transparência -, pois o seguro prestamista é expressamente previsto e autorizado por lei, como se verifica do artigo 791 do Código Civil. O seguro prestamista é modalidade contratual perfeitamente válida, não sendo de se admitir conclusão contrária, apenas carecendo, na nossa avaliação e a juízo dos doutos, de um possível reenquadramento.

Por outro lado, respeitável também se mostra a corrente de entendimento de que o enquadramento do seguro deva ser feito em função de quem seja o portador do risco, consoante exposto no item 5 deste estudo, conduzindo o seguro prestamista à classificação de seguro de pessoa, se a causa da inadimplência for a morte ou a invalidez do mutuário.

Conforme enunciamos no limiar deste estudo, vale aqui por oportuno registrar, como mais uma demonstração de sustentabilidade do Seguro Prestamista e de sua suma importância para o mercado segurador, independentemente de qual seja o seu enquadramento e de quais sejam os seus participantes, a ORIENTAÇÃO Nº 01 de 16/08/2018, editada pelo Conselho de Conduta da CNseg, contendo suas RECOMENDAÇÕES EM RELAÇÃO À COMERCIALIZAÇÃO DO SEGURO PRESTAMISTA. No caso para financiamentos em concessionárias de veículos, com seguradoras emitindo apólices em que as próprias revendedoras automotivas aparecem como Estipulantes, mas cujas recomendações são também aplicáveis a qualquer operação em que seja contratado um seguro prestamista, é dizer, em todas as operações em que um consumidor adquira um bem junto a um Agente de Varejo financiado por algum agente financeiro. Ditas orientações são motivadas pela importância e zelo que o setor de seguros tem para com a ética, por isso, guiado pelo Código de Ética do Mercado de Seguros e pelas melhores práticas das empresas aderentes, baixou as referidas Orientações visando a afastar possíveis problemas decorrentes de eventual situação de conflito quando determinada concessionária de veículos exerce simultaneamente a posição de estipulante e também a de correspondente do agente

financeiro concedente do financiamento no momento da oferta do seguro, muito embora não exista expressa vedação legal a essa situação, mas bastando a possibilidade de responsabilização solidária diante do CDC em caso de dano ao consumidor causado pela concessionária, que, como estipulante e primeira beneficiária da indenização, resolva não repassar o valor correspondente ao respectivo agente financeiro ou para o segundo beneficiário que houver. E são em síntese as seguintes recomendações a respeito: a) evitar que um agente de varejo exerça o papel de estipulante ante situação de conflito com os interesses do segurado e da instituição financeira; b) disponibilizar sempre e por escrito e em linguagem acessível ao segurado enquanto consumidor, explicação completa sobre o funcionamento do seguro prestamista e das condições a ele aplicáveis; c) identificar sempre o agente financeiro como primeiro beneficiário e que os pagamentos dos sinistros sejam feitos diretamente pela seguradora a instituição financeira (primeiro beneficiário) e ao segurado/segundo beneficiário se houver saldo; d) sempre evitar, em qualquer hipótese, práticas que possam configurar venda casada; e) quando o segurado apresentar uma seguradora de sua livre escolha para emissão do seguro prestamista, que a indicação deva ser sempre aceita, salvante fundadas razões em contrário, ouvida a instituição financeira; f) em caso de cosseguro sempre ser explicadas por escrito ao segurado as condições e o percentual a ser aplicado a cada uma das cosseguradoras participantes e, sendo seguradoras do mesmo grupo, quer da instituição financeira quer do agente de varejo, não deverão figurar como líder; g) a instituição financiadora deve figurar como melhor candidata ao papel de estipulante, por ser a principal interessada na existência e no bom funcionamento do seguro prestamista; h) havendo saldos a serem encaminhados ao segurado, podem-se elaborar disposições que: I) formalizem a obrigação de a instituição financiadora dar ao segurado informações completas quanto aos cálculos do montante efetivamente a ela devido e; II) estabeleçam prazos máximos – e, eventualmente, remuneração pelo tempo em que a instituição financiadora o reteve – para repasse do eventual saldo.

Quanto ao acerto das referidas recomendações, dentre outras as mencionadas nas alíneas “d” “e)” e “g)” supra, oportuno trazer à colação recente decisão do STJ, tomada em sede de Recurso Repetitivo, no REsp 1.639.259-SP (Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018, tendo como tema: *Seguro de proteção financeira. Liberdade de contratar. Restrição à escolha da seguradora. Venda*

casada. Proibição. Analogia com o entendimento da Súmula 473/STJ, cuja ementa pode assim se resumir:

O seguro de proteção financeira é uma ampliação do conhecido seguro prestamista, o qual oferece cobertura para os eventos morte e invalidez do segurado, garantindo a quitação do contrato em caso de sinistro, fato que interessa tanto ao segurado (ou a seus dependentes) quanto à instituição financeira. Nessa espécie de seguro, oferece-se uma cobertura adicional, referente ao evento despedida involuntária do segurado que possui vínculo empregatício, ou perda de renda para o segurado autônomo. A inclusão desse seguro nos contratos bancários não é vedada pela regulação bancária, até porque não se trata de um serviço financeiro, conforme já manifestou o Banco Central do Brasil. Apesar dessa liberdade de contratar, uma vez optando o consumidor pelo seguro, a cláusula contratual já condiciona a contratação da seguradora integrante do mesmo grupo econômico da instituição financeira, não havendo ressalva quanto à possibilidade de contratação de outra seguradora, à escolha do consumidor. Observa-se que essa espécie de venda casada já foi enfrentada por esta Corte Superior no âmbito do seguro habitacional vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH e já sinalizava que, em qualquer contrato bancário, configura venda casada a prática das instituições financeiras de impor ao consumidor a contratação de seguro com determinada seguradora. Verifica-se que a única diferença para o caso do seguro de proteção financeira diz respeito à liberdade de contratar, que é plena no caso da presente afetação, ao contrário do SFH, em que a contratação do seguro é determinada por lei. Propõe-se, assim, a consolidação de uma tese semelhante ao enunciado da Súmula 473/STJ, para assim manter coerência com o precedente que deu origem a essa súmula, lembrando-se que a coerência entre precedentes passou a ter eficácia normativa no sistema processual inaugurado pelo CPC/2015 (cf. art. 926). O grifo não é do original.

Já finalizando, e diante das considerações até aqui expostas, *quid juris*, em relação ao seguro habitacional? Guardá-lo-ia características assemelhadas à de um seguro prestamista? Pois bem, este pode ser sugestão de tema para reflexão em um próximo artigo. Quem se habilita?

7. Referências Bibliográficas

CAMPOY, Adilson . *Contrato de Seguro de Vida*. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Seguro de Crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968; *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BULLÓ, Emilio H. *El Derecho de Seguros y otros negocios vinculados*. Tomo 1, p.275. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

TZIRULNIK, Ernesto. Comentários aos artigos 757 e 789 do CC, in *Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAULO DE TARSO SANSEVERINO. (Ministro Relator no REsp 1.639.259-SP. 2ª Seção. Repetitivo, j. em 12/12/2018. DJe 17/12/2018.

BARBOSA, Rui. (Citação no introito). *Migalhas de Rui Barbosa*. V. I. São Paulo: Migalhas, 2010.

Os contratos de seguro no Direito Marítimo

Des. Antonio Carlos Esteves Torres*

Tudo sobre que se possa pensar atualmente é objeto dos sistemas cibernéticos. Na medida em que o conhecimento avança, a tecnologia progride a um ponto ainda não determinado. É indeterminável, por enquanto, seja porque a criatividade se transforma de acordo com as necessidades que se alteram com a evolução natural das condições humanas e materiais, seja porque estas se metamorfoseiam em torno de surpresas como tsunamis e movimentos tectônicos, a despeito de previsíveis.

A história dos grandes equívocos científicos, - a fantasiosa e surpreendente pseudoteoria sobre a imobilidade terrestre, o Sol não está pegando fogo, o centro terrestre não é líquido, não só a lua influencia a maré, levou o homem, como se colhe do comentário de *The Guardian*, sobre a obra *Sapiens* de Yuval Noah Harari, a questionar nossas ideias a respeito do universo. Muito antes, no meio do século retrasado, Schopenhauer, no seu *O Mundo como Vontade e Representação*, já advertia: *com efeito, este mundo apenas existe absolutamente como representação: noutra ponto de vista ele apenas existe como vontade*. E completa, mais adiante: *esta pretensa realidade, é uma pura quimera, um fogo-fátuo que serve apenas para transviar a filosofia que lhe dá acolhimento*.

Erros e acertos, ao longo de milhões de anos, acabaram por unir e desunir os homens, que se mantiveram comprometidos com a preservação entre duas extremidades afastadas irregularmente, ora tão pequenas e imperceptíveis, como entre indivíduos nas comunidades indígenas, por exemplo, ora, por outro lado, tão extensas e não dimensionáveis distâncias, como ignoradas galáxias.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Mestre em Direito. Ex-chefe da Divisão Jurídica do Banco Central do Brasil, no Estado do Rio de Janeiro. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Marítimo (2015/2016).

Deixemos que se estudem esses aspectos antropológicos e cósmicos para outro lugar e ocasião, e tomemos-lhes apenas as dissemelhanças que ocorrem entre as relações humanas contratuais distópicas, quando se separam por características distintas. Talvez o contrato mais comum, entre os que têm nome e os que nem nome têm (inominados), seja o da compra e venda, o vendedor quer o quantitativo correspondente à coisa e o comprador quer a coisa. A moeda do negócio pode ser dinheiro ou coisa equivalente, como se dá nas permutas. A coisa pode nem existir, projetada num futuro incerto, como o apartamento imergindo mas ainda não construído.

Esta premissa inaugura as observações sobre o seguro marítimo e adverte com respeito aos itens componentes da respectiva estrutura.

E tanto quanto, num contrato de aluguel de imóvel para moradia, sem precisar que se mencione, subjaz a necessidade de segurança física, manutenção da saúde, asilo inviolável, ou num ajuste trabalhista envolve-se o sustento, a possibilidade de manutenção de compromissos econômicos, garantia de educação, num contrato de seguro a motivação está no motor das vontades a evitação das consequências do risco.

Guimarães Rosa lança o desafio à inteligência filosófica ao asseverar: *viver é muito perigoso*. Sem arroubos interpretativos, o que nosso autor nos leva a conceber está ligado ao fato de em qualquer etapa da existência o risco estará presente. Medi-lo é a antessala da prevenção e a definição das ocorrências.

Os Tribunais brasileiros estão a mudar o espectro de quase indiferença científica que envolveu, durante muito tempo, o conhecimento das coisas do mar. A gigantesca proporção que as águas ocupam na composição do planeta afasta, naturalmente, o interesse científico proveniente da escassez. Mas, isto é filosofia que, em algum momento, pode ser tratada. Por ora, os quase 80% de mundo líquido nos convidam a rever a história e a tecnologia de inovação que se passam no cenário oceânico, no particular do risco.

As regras gerais sobre a execução e a conclusão dos contratos de seguro são as mesmas: a forma escrita, o risco, em característica ontológica; o prêmio; o prejuízo ou dano; a previsão contratual. Para cada espécie de interesse, imobiliário, salutar, vital, entre outros, é necessário, além das cláusulas gerais sobre a probidade e a boa-fé (hoje, no formato expreso do art. 422, do Código Civil), o atendimento aos princípios da ciência atuarial, cuja modernice nomenclatória

e instrumental, como a inteligência artificial, por exemplo, não se modificam: *Mesmo parecendo uma ciência recente, as origens da atuária remontam as primeiras preocupações em criar garantias aos indivíduos de uma sociedade e se estudar o nascimento e a morte das pessoas*, em oportuna explicação.

A atuária se desenvolveu principalmente à medida que matemáticos, economistas e filósofos do quilate luminoso de Blaise Pascal, se interessaram pelo assunto. Entre os séculos XVIII e XX, tivemos a construção de várias tábuas de mortalidade, como também o desenvolvimento das comutações, ferramenta do cálculo atuarial. Também aconteceu nesse período o 1º Congresso Internacional de Atuária em Bruxelas, no ano de 1895. (Introdução à Atuária – <https://pt.wikibooks.org/wiki/>).

Está neste último excerto que a ciência atuarial, bem como seu principal campo de estudo e de apreciação, o seguro, desenvolveu-se com base no mutualismo, voltado à proteção de tragédias e perdas. Assim, para cobrir os prejuízos, resultantes de acidentes, os mutualistas, após o pagamento de uma parcela de cada um, o prêmio, com o resultado da constituição deste fundo, pagariam uma indenização pelo infortúnio, ato final da peça *controle de risco*. Os expertos credenciados desta matéria costumam mencionar as caravanas de camelheiros e frotas de embarcações comerciais anteriores à era cristã já usuárias da sistemática.

Desta forma, compostos os elementos básicos da espécie contratual, duas circunstâncias nos chamam a atenção para o contrato de seguro marítimo:

- 1) A especificidade do art. 666 do Código Comercial vigente, cuja parte primeira, do comércio em geral, foi revogada pelo Código Civil em vigência, enquanto aqueloutro vai com a votação dos projetos legislativos em andamento de pouca velocidade no Congresso;
- 2) A função do Tribunal Marítimo no exame das consequências dos acidentes ocorridos no mar e em águas internas.

De acordo com o Código Comercial vigente, embora do século retrasado, 1850, confirma-se a constância e antiguidade dos dados que caracterizam o núcleo do direito marítimo: *O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e riscos do mar, se*

obriga a indenizar ao segurado da perda ou dano que possa sobrevir ao objeto do seguro, mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado, só pode provar-se por escrito, a cujo instrumento se chama apólice; contudo julga-se subsistente para obrigar reciprocamente ao segurador e ao segurado deste o momento em que as partes se convierem, assinando ambas a minuta a qual deve conter todas as declarações, cláusulas e condições da apólice.

Na sua estrutura de encontro de vontades, o contrato de seguro, de acordo com o que expunha a sequência cronológica de 1850 (art. 666 do Código Comercial); 1916 (art. 1.432 do Código Civil) e Lei 10.406/2002 (art. 757 do atual Código Civil), com ligeiras alterações, é ontologicamente a mesma coisa. Uma peça teatral de um tema em três atos: Risco, Dano, Indenização. Assim como Shakespeare remodelou a história dos Capuletos e Montéquios, o ordenamento jurídico fez com a forma de relação entre os interessados no transporte e no que se desejaria ser transportado.

O aspecto social que comanda sobre as nuvens a realização de contratos, como ratifica o art. 421 do Código Civil vigente - *liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato* - é também a linha de conduta que rege qualquer ajuste. Tal como nas contratações de interesse genérico, público, como ocorre com o DPVAT, indenizatório de vítimas de acidente de trânsito e exigível juntamente com a primeira parcela do Imposto Sobre Propriedade de Veículo.

Na edição de 1923 de seu *Droit Maritime* (Librairie Arthur Rousseau -, Paris, pag. 314 e 329), George Ripert, ao descrever o nascimento formal do contrato de seguro, revelava que os riscos do mar já impunham estipulações a serem obedecidas pelas partes que, naquela altura, levavam em consideração, no preço do ajuste, a avaria grossa ou comum. Com o avanço das tratativas, surge a figura do segurador que, passou a se responsabilizar individualmente por aqueles fatos. A sequência vem encontrar, pelo ponto de vista do segurador, a perda das características aleatórias, por força do cálculo do risco. Os navios são classificados e supervisionados. Enfim, os navios são especializados como gênero de navegação e instrumento de transporte, e pode-se calcular de maneira mais exata os riscos causados por unidade. *Enfin, les navires se sont spécialisés comme genre de navigation et instruments de transport, et l' on a pu calculer de façon plus exacte les risques causés par chaque unité.*

Este cenário, atualmente, perante nosso ordenamento jurídico, é definido e orientado pela Autoridade Marítima a que se vincula o Tribunal Marítimo, cuja natureza, para os fins a que se destina

este trabalho, como se viu das anotações da Cartilha da OAB/RJ, evidentemente administrativa, não se confunde com a dos órgãos julgadores do Poder Judiciário. As hesitações acerca desta matéria estão semidissolvidas pela conjugação da Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954 (com a redação da Lei nº 5.056/66), com a expressa disposição do art. 313, do CPC, diante do julgamento de acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre levado a efeito por aquela corte administrativa, e recomendam ao juiz togado a suspensão do curso processual de caráter judicial a suspendê-lo em face do andamento daqueles procedimentos.

A repetição de doutrinas, teses, pensamentos, a despeito de cansativa e aparentemente inútil, é um dos pilares da memorização pedagógica, muito citada na resposta de Thomas Edison, criticado pelo milhar de tentativas na invenção da lâmpada de filamento, que o observou a conhecer mil maneiras que não deram certo, prontificando-se ao novo milhar de experimentos. Mas não precisou de tanto, alcançou o resultado com algumas centenas a mais. Confiado em que a reiteração do tema sobre a diferença de sistemas jurídicos de solução de problemas e conflitos é um desdobramento desta filosofia, vale a lembrança de que o Tribunal Marítimo tem natureza administrativa e auxiliar do Poder Judiciário, destituído de poder decisório com força de coisa julgada, como acontece no sistema francês, por exemplo: O sinal mais provável de uma jurisdição é a autoridade de coisa julgada atribuída às suas decisões, expressa ou tacitamente. Nesta fórmula, encontramos três ideias essenciais: 1 - a submissão que é imposta ao organismo jurisdicional; 2 - solução jurídica; 3 - autoridade de coisa julgada, sem possibilidade de se imiscuir no decidido jurisdicionalmente. M. Waline, in *Droit Administratif*, Ed. Sirey, 1963, pag. 198/199: *Le signe le plus probant d'une juridiction est l'autorité de chose jugée attribuée à ses décisions, expressement ou tacitement... idées essentielles : questions qui le sont soumises... solution juridique... autorité de chose jugée.*

A sistemática jurídica nacional não permite que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, o que transporta as decisões do Tribunal Marítimo à revisão judiciária (art. 5º, CRFB), afastada, portanto, a possibilidade de as conclusões deste órgão administrativo produzirem coisa julgada. No caso de conflitos de seguro, especialmente, o marítimo, nos termos dos artigos 666, da parcela ainda vigente do Código Comercial de 1850, o segurador se obriga a indenizar perdas ou danos que constem da apólice, materialização do contrato.

A participação do Tribunal Marítimo no ordenamento jurídico nacional é, na realidade, de estilo complexo, como ocorre com atos da Lei nº 6.024/74, por exemplo, que, na ambiência financeira, pode excluir de punição quaisquer das instituições que lhe sejam sujeitas, ou, dentro do espectro constitucional a que nos referimos, mandar o feito ao julgamento de falência judiciária. Nesta miscelânea legislativa de conceitos e doutrinas, para que não haja desconfiguração do universo da segurança do jurisdicionado, define-se o Tribunal Marítimo, embora competente para hipoteca e registros de embarcações, condutor de procedimento judicialiforme, como órgão auxiliar do Poder Judiciário (art.1º, da Lei nº 2.180/74), conceituação ratificada pelo Código de Processo Civil, ao prever a suspensão processual *quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação (de) competência do Tribunal Marítimo*.

O Tribunal Marítimo, composto de colegiado especializado, com julgadores das coisas do mar, da Marinha da Armada ou Mercante, juristas, capitães de longo curso, técnicos em armação, com operação processual respeitosa do direito constitucional do devido processo legal, do direito de defesa, do contraditório, presidido por oficial general, só justifica a possibilidade de maior rapidez de um perito, na dependência da natureza do acidente.

As ocorrências acidentais da navegação são de alto grau de especificidade, desde naufrágio, encalhe, colisão, abalroamento, até água aberta, explosão e incêndio, as causas de manobra de variação, encalhe voluntário, para evitação de mal maior. Já as avaria em instalações, de acordo com erro de projeto ou de operação de perigo; alteração de rota; má estivação de carga são fatos que exigem altíssimo conhecimento marítimo e, sem ouvir a parte contrária, ou testemunha, não se pode chegar a conclusões que permitam justiça.

Lembre-se que o Tribunal Marítimo, antes de iniciar procedimento, ou mesmo durante o andamento do processo, conta com o apoio da Procuradoria Especial da Marinha, que zela pela correta aplicação constitucional e das demais leis integrantes do sistema. Ao criar este órgão, a Lei nº 7.642/87 dotou-o dos poderes de oferecimento de representação, apreciação dos inquéritos em andamento, ou mesmo com a notícia de incompetência do Tribunal.

Este resumo apressado serve de base para as seguintes conclusões em termos de ciência material e processual:

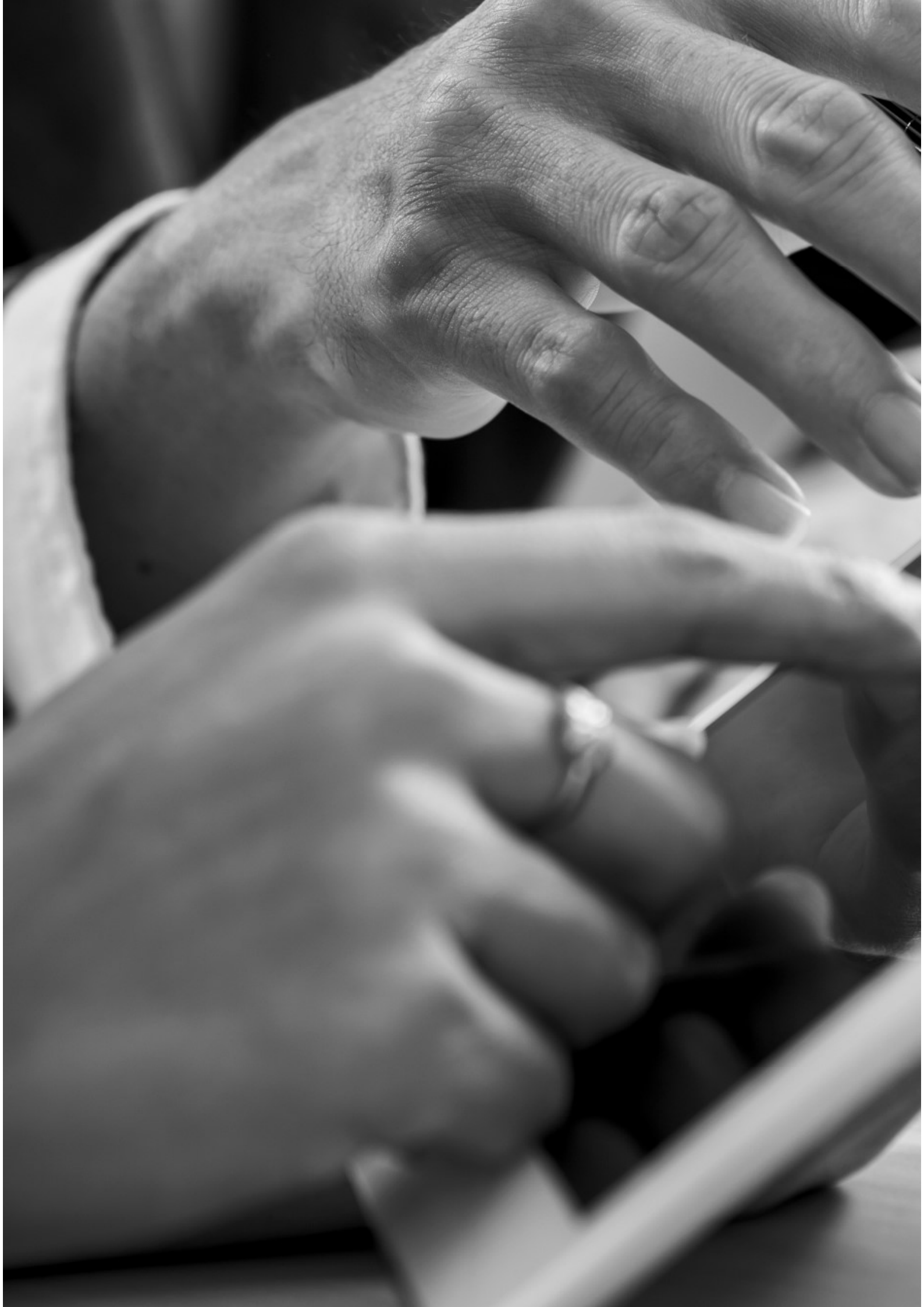
- a) A capacitação dos profissionais que atuam no ramo exige um preparo incomum e nem sempre um só, de uma só especialidade pode dirimir dúvidas da espécie;
- b) embora à margem da sistemática jurídica nacional, o ordenamento adaptou a atuação do Tribunal Marítimo, fazendo-o elemento indispensável para a solução de conflitos marítimos;
- c) seguro marítimo, regulado pela Lei nº 8.374/91, análogo ao DPVAT, nas ocorrências terrestres, teve de ter sua aplicação suspensa, como prevê a Lei nº 13.313/16, enquanto não houvesse seguradora capaz de oferecer cobertura para acidentes de danos pessoais.

Em ato datado de 8 de junho de 2018 - Portaria 181 - o Sr. Diretor de Portos e Costas adaptou a legislação de sua competência, com menção ao aspecto restritivo do seguro de danos pessoais, e reproduzindo todos os dados referentes à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA.

Como se vê, o seguro marítimo, além das dificuldades inerentes àqueles aspectos acima especificados, teve sempre as mais dificultosas aplicações, até porque a legislação internacional influencia a organização jurídica da espécie em nosso país, com quase oito mil quilômetros de costa, além do tráfego fluvial de inimaginável dimensão, por onde transitam embarcações nacionais e internacionais.

Cabe trazer a lume que as dificuldades técnicas da navegação, sabendo-se que quase 80% do planeta é constituído de água e cerca de 90% do comércio mundial usa este meio para transporte de mercadorias, acabaram por, diante das limitações atuariais, justificar a criação de órgãos destinados à proteção e indenização (P&I) contra prejuízos não segurados e diante dos mesmos princípios mutualistas. Hoje, essas associações complementam a insuficiência securitária e formam uma entidade internacional, diferenciada das seguradoras, embora com limites indenizatórios fixos (afastam doenças ou morte; poluição; remoção de destroços;) que atua na conformidade da possibilidade de atendimento de situações danosas.

Em síntese e com esses dados superficiais, a intenção deste resumo é estimular a reflexão dos expertos na matéria, seguro marítimo, para exortá-los, como fizemos com os Senhores magistrados com competência empresarial, a atuarem com maior segurança e rapidez no mister de fazer justiça.





OPINIÃO

Três décadas de julgados relevantes sobre seguros no STJ

Glauce Carvalhal*

Maria da Gloria Faria**

Resumo: O presente artigo pretende, neste ano de comemoração de três décadas da criação do Superior Tribunal de Justiça, trazer para análise e reflexão súmulas e julgados que, tratando de temas de seguros e correlatos, foram de extrema importância e impacto para o setor. Ressalta-se que não se trata de uma abordagem exaustiva do histórico de decisões que trataram dos conflitos na área de seguros e previdência privada ao longo destes 30 anos.

Abstract: This article intends, in the 30th anniversary of the Superior Court of Justice, to bring for analysis and reflection summaries and judgments that, dealing with insurance and related topics, were of extreme importance and impact for the sector. It is noteworthy that this is not an exhaustive approach to the history of decisions dealing with conflicts in the insurance and private pension area over these 30 years.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça – STJ, suicídio, embriaguez, seguro de vida, seguro saúde.

Keywords: Superior Court of Justice, suicide, drunkenness, life insurance, health insurance

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB promulgada em 1988, oitavo texto constitucional entre nós é, indiscutivelmente, a mais democrática que o país conheceu. Guiada para a consolidação e proteção da soberania nacional, da cidadania, da

* - Advogada, pós-graduada em Direito Civil Constitucional pela UERJ, tem especialização em Direito do Seguro e Resseguro pela FGV. Superintendente Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

** - 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.

dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sem dúvida inaugurou o período mais longo de estabilidade institucional da história da Nação.

O momento histórico de sua elaboração e promulgação, a redemocratização do Brasil, acrescida do processo da participação de múltipla representação da sociedade, muito contribuíram para que a lei máxima buscasse tão detalhadamente garantir numerosas situações e direitos, e criar institutos que os protegessem. Assim foi o caso da defesa do consumidor, prevista no Art. 5º, inciso XXXII e instituída pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, e da criação do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que teve sua instalação em 07 de abril de 1989.

2. Histórico

A criação do STJ foi um marco na história do Judiciário brasileiro. Com a missão, já a esta época, de absorver parte dos casos até então apreciados em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, foi conferida ao STJ a competência para uniformização da interpretação da lei federal, necessária para solução de controvérsias infraconstitucionais. De caráter eminentemente técnico, a Corte Superior é constituída por 33 membros escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, e se divide em 3 seções, 1ª, 2ª e 3ª, especializadas em Direito Público, Direito Privado e Direito Penal, nessa ordem, cada uma subdividida em 2 turmas.

Os 30 anos de atuação do STJ foram marcados por maior estabilidade *vis à vis* a redução da insegurança jurídica, a resolução de questões complexas e a construção de uma jurisprudência sólida.

Desde a sua instalação, foram julgados mais de 6 milhões de processos e editadas 636 (seiscentos e trinta e seis) súmulas, que tiveram reflexo para toda a sociedade, inclusive para o setor de seguros.

Em especial, foram identificados, aproximadamente, 3 mil acórdãos relacionados aos contratos de seguros, e cerca de 3,7 mil referentes a planos de saúde, além de 34 súmulas que tratam de contratos de seguro ou planos de saúde, o que demonstra a destacada importância do STJ para o setor.

Nesta ocasião escolhemos alguns dos acórdãos e das súmulas mais representativas de impacto relevante para os seguros, planos de saúde e previdência privada.

3. Súmulas do STJ anteriores ao Código Civil de 2002

Conceituada como o entendimento jurisprudencial dominante de um tribunal sobre determinada questão de direito, as súmulas surgiram inicialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e tornaram-se um efeito mecanismo para desafogar o judiciário de processos com questões idênticas, tornando os julgamentos mais uniformes, além de trazer maior objetividade e segurança às relações jurídicas judicializadas.

No Superior Tribunal de Justiça, a primeira súmula relacionada ao seguro foi a de nº 31, publicada em 1991, menos de três anos da instalação do Tribunal Superior, e cujo enunciado dispõe que: *A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros.*

Com o passar dos anos, diversas novas súmulas que tratam especificamente da matéria securitária foram editadas, e outras demais foram superadas, em virtude de novo entendimento do Tribunal Superior sobre a matéria.

E, como exemplo, podemos destacar o entendimento do STJ sobre o pagamento de indenização de seguro de vida em casos de suicídio. No ano de 1992 foi editada a Súmula nº 61, de 1992, cujo enunciado estabeleceu que: *o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.* A súmula que trata de tema polêmico foi objeto de pedidos de descon sideração em diversas ações, sobretudo após a entrada em vigência do Código Civil de 2002, que em seu art. 798¹ veio determinar que 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.

Não pacificado o entendimento, em 2018, a Segunda Seção do STJ, ao apreciar o Projeto de Súmula nº 1.154, determinou o cancelamento da Súmula nº 61 e, ato seguinte, publicou a Súmula nº 610, que uniformizou o novo e atual entendimento da questão com o seguinte verbete: *O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato*

1 - Art. 798 do Código Civil de 2002: 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.

de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.

Cabe contextualizar que em 2018 a taxa anual de suicídios no Brasil era de 6,5 por cada 100 mil habitantes, e ainda que inferior à média global, então de 10,7, os números entre nós já se encontravam bastante agravados relativamente aos 4,8 da época da publicação do CC em 2000. O crescimento de 35% do número de suicídios em nosso país no período de dezoito anos, e o consequente aumento do volume de ações judiciais alimentavam um cenário de insegurança jurídica.

Além disso, o Novo Código Civil estabeleceu critério objetivo para regular a matéria, tornando irrelevante a discussão a respeito da premeditação da morte, prova essa inclusive de difícil comprovação por parte da seguradora.

Voltando à década de 1990, o STJ publicou a Súmula nº 101, em 1994, que sedimentou o entendimento sobre o prazo de prescrição do direito de ação de pedido de indenização no seguro de vida em grupo frente a empresa seguradora, prevendo que: *A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.*

Na ocasião, o Tribunal entendeu:

No seguro de vida em grupo não se confunde a figura do estipulante com a figura dos segurados. Se facultativo o seguro, o estipulante apresenta-se como mandatário dos segurados. Ao segurado, ou ao beneficiário do segurado, ocorrido o sinistro, socorre pretensão contra a entidade seguradora, com base no contrato de seguro. A pretensão do segurado está sujeita ao prazo prescricional anual, inclusive nos casos de seguro em grupo, a teor do art. 178, § 6º, II, do Código Civil.

Em 1999, a Segunda Seção do STJ publicou a Súmula nº 229, que também trata de prescrição quanto a ação do segurado e cuja redação prevê que: *o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.* Esta súmula traz luz sobre o momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional, sua eventual suspensão pela comunicação de sinistro e a sua retomada quando da efetiva comunicação da recusa de pagamento. Repetindo, dispõe que feita a comunicação de sinistro pelo segurado tem-se por

suspensão o prazo prescricional enquanto a seguradora não cientificar o segurado dos motivos da recusa do pagamento da indenização.

Relativamente ao seguro obrigatório DPVAT, a Súmula nº 246, de 2001, trouxe a previsão de que *o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada*. A referida Súmula reconheceu que o seguro obrigatório de DPVAT tem a finalidade de reparar os danos causados por acidentes de trânsito, e assim, o valor pago a tal título deve ser deduzido do valor a ser pago à vítima ou aos familiares em ação judicial a título de indenização por responsabilidade civil.

Ainda em 2001, o STJ publicou outra súmula sobre esse seguro, a de nº 257, no qual é disposto que *a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização*. Apesar de romper com o princípio basilar da técnica do seguro, e de inimaginável e ilegal imposição aos seguros facultativos, a disposição da referida súmula tem sua gênese na proteção social que sempre permeou a visão do DPVAT como uma solução para atender todas as vítimas de acidentes de trânsito.

Assim, desconsiderada a situação de inadimplência do proprietário do veículo causador do acidente, mesmo sem o pagamento do bilhete de seguro para o fundo mútuo e o fundo de reserva que garantem o pagamento das indenizações, o pagamento da indenização por morte ou invalidez permanente e as despesas com assistência médica e suplementar -DAMS passa a ser devido. Essa foi a saída encontrada para não deixar sem proteção a(s) vítima(s) de acidentes de trânsito e/ou seus beneficiários, o que incorporou um caráter assistencial ao DPVAT, ainda que a lei que instituiu este seguro não houvesse previsto tal situação.

Vale observar que, apesar de todas as súmulas acima mencionadas terem sido publicadas sob a égide do Código Civil de 1916, as que tinham suas disposições contrariadas nos comandos do CC de 2002, não foram canceladas pelo STJ, quando da entrada em vigor do referido Código.

4. Súmulas do STJ posteriores ao CC de 2002

Já sob a égide do Código Civil de 2002, em 2009 a Segunda Seção do STJ publicou a Súmula nº 402, cujo enunciado dispõe que *o contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa*

de exclusão. Na ocasião, o STJ entendeu que o dano pessoal seria resultante da ofensa aos direitos da pessoa e, portanto, compreenderia, isto é, dele faria parte, o dano moral em sentido estrito. Seguindo essa interpretação, o seguro por dano pessoal incluiria o pagamento de indenização por dano moral. Como consequência, as seguradoras tiveram que arcar com o ônus de indenizações por danos moral em apólices que não previam tal cobertura e, portanto, cujo prêmio não tivera no seu cálculo a alocação de um valor para tanto. Momento seguinte, nas apólices novas e em suas renovações as seguradoras adaptaram seus produtos para constar expressamente das apólices a cobertura ou a ausência de cobertura para danos morais.

Ainda no mesmo ano de 1999, voltando a tratar da prescrição e do seguro DPVAT, a Súmula nº 405 veio prever que: *A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos*, alinhando o entendimento do STJ com o artigo 206, § 3º, do Código Civil, cujo texto reconhece que o prazo prescricional das ações de cobrança fundadas no seguro obrigatório DPVAT é de três anos.

A Súmula nº 465 de 2010, também acompanha o entendimento do Código Civil ao prevendo que: *ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.*

Segundo o entendimento do STJ, apesar de existir previsão expressa no artigo 769 do Código Civil no sentido de que o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, mesmo que o próprio contrato de seguro exija a comunicação prévia da mudança, deve ser feito um exame concreto das situações envolvidas para autorizar a exclusão da responsabilidade da seguradora, sendo apenas autorizada a exclusão em caso de má-fé ou aumento do risco segurado.

Em 2012, com foco na proteção do consumidor, a Súmula nº 473, veio dispor que *o mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.* A referida súmula visa proteger o consumidor da venda casada, expressamente vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha.

Talvez uma das mais importantes e, certamente, grande desencorajadora da onda de judicialização de conflitos dos últimos tempos, a Súmula nº 529 de 2015, dispõe que *no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano*. O entendimento proferido foi no sentido de deixar claro que a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Em complementação às disposições sobre seguros de Responsabilidade Civil, ainda em 2015, o STJ publicou a Súmula nº 537 determinando que: *Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denúncia ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice*. O entendimento do STJ ao editar a referida súmula foi no sentido de que uma vez aceita a denúncia e apresentada a contestação ao pedido inicial da demanda principal, a seguradora denunciada integra o polo passivo como litisconsorte do réu, podendo ser condenada solidariamente com o segurado.

Ainda em 2015 a Súmula nº 544 veio dispor que: *É válida a utilização de tabela do Conselho Nacional de Seguros Privados para estabelecer a proporcionalidade da indenização do seguro DPVAT ao grau de invalidez também na hipótese de sinistro anterior a 16/12/2008, data da entrada em vigor da Medida Provisória n. 451/2008*. Seguiram-se em 2016 mais duas súmulas tendo por objeto o seguro DPVAT, as de nº 573 e de nº 580, que preveem, respectivamente, que, *nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução e, a correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, incide desde a data do evento danoso*.

Já no ano de 2016, agora na Primeira Seção do STJ, que trata de matéria de Direito Público, publicou a Súmula nº 584, com a seguinte previsão: *as sociedades corretoras de seguros, que não se confundem com as sociedades de valores mobiliários ou com os agentes autônomos de seguro privado,*

estão fora do rol de entidades constantes do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.212/1991, não se sujeitando à majoração da alíquota da Cofins prevista no art. 18 da Lei n. 10.684/2003. O STJ se manifestou no sentido de que a função do corretor de seguros é a intermediação para fins de celebração do contrato de seguro, em atuação no interesse do segurado, na forma do art. 722³ do Código Civil. Desta forma, não possuem relação empregatícia, societária ou de subordinação com as sociedades seguradoras razão pela qual não se enquadram no rol de entidades constantes do art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91⁴.

No ano seguinte, a Segunda Seção do STJ aprovou a Súmula 597 com o entendimento de que *a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.*

De acordo com o entendimento do STJ, em se tratando de procedimento de urgência, ou seja, de atendimento médico que se não for realizado imediatamente implica em risco concreto de morte ou lesão irreparável para o paciente, deve ser adotado o prazo de carência de vinte e quatro horas, e não o de cento e oitenta dias, sob pena de violação da legítima expectativa do consumidor ao celebrar o contrato para preservar a sua vida, sua saúde e sua integridade física.

Já em 2018 foram aprovadas as Súmulas nº 608 e 609, que preveem, respectivamente, que: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão e que a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente,*

3- Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

4- 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo.

é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.

Ressalta-se que na mesma sessão em que foi aprovada a Súmula nº 608, o STJ cancelou a Súmula nº 469, que previa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, uma vez que não excepcionava os planos de saúde de autogestão.

Além disso, a edição da Súmula nº 609 refletiu de forma cristalina que a recusa de cobertura securitária com base na pré-existência depende da demonstração de má-fé do segurado ou a exigência de exames prévios à contratação. O contrato de seguro é uma espécie contratual em que a boa-fé é elemento basilar, e, portanto, provado que o segurado agiu com má-fé nas suas declarações de saúde é lícita a recusa da cobertura securitária nos casos de pré-existência independente de exames prévios à contratação.

Por fim, no corrente ano de 2019, até o momento da elaboração desse artigo, referente ao seguro, haviam sido publicadas três súmulas tratando da matéria. São elas (i) Súmula nº 616 - *A indenização securitária é devida quando ausente a comunicação prévia do segurado acerca do atraso no pagamento do prêmio, por constituir requisito essencial para a suspensão ou resolução do contrato de seguro*; (ii) Súmula nº 620 - *A embriaguez do segurado não exime a seguradora do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida* e (iii) Súmula nº 632 - *nos contratos de seguro regidos pelo Código Civil, a correção monetária sobre a indenização securitária incide a partir da contratação até o efetivo pagamento*.

Com relação aos novos verbetes, a Súmula nº 616 previu que a mora do segurado é *ex-persona*, apesar da disposição dos artigos 7635 e 3976 do Código Civil, reconhecer a mora do segurador como *ex re*, ou seja, já que o pagamento do prêmio é uma obrigação positiva, líquida e com data determinada, o que constitui a mora, isto é, constituída de pleno direito.

Com efeito, a prática do mercado em razão inclusive de jurisprudência recorrente já se dava com a interpelação previa do segurado para constituí-lo em mora.

5- Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

6- Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Já a Súmula nº 620, editada com base na Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007, que prevê a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas, passou a permitir a cobertura securitária mesmo diante de atos ilícitos, visto que a 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.

Deve ainda ser observado que a Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007 foi editada antes do advento da Lei nº 13.546/2017, que alterou dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores, o que ensejou a efetiva mudança de postura da sociedade brasileira, que passou a reprovar o ato de conduzir embriagado em razão dos riscos de morte a que todos estão expostos no momento em que uma pessoa assume a condução de um veículo estando com suas capacidades psicomotoras alteradas.

Neste sentido, após a edição da Súmula nº 620, já foram proferidas decisões contrárias pelo próprio STJ, como é o caso da decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze nos autos do Recurso Especial nº 1.827.230 – PR, que diversamente do referido verbete, entendeu pelo não pagamento do seguro de vida ocasionado por condutor em estado de embriaguez, por entender que a sua conduta foi contrária às normas jurídicas de trânsito, revelando-se absolutamente idônea à produção do evento danoso, consistente no acidente automobilístico de graves consequências, inclusive com exposição de vidas de terceiros a risco.

De acordo com os fundamentos no Ministro Bellizze:

É indiscutível que a condução de veículo em estado de embriaguez, por si, representa gravíssimo descumprimento do dever de cuidado e de segurança no trânsito, na medida em que o consumo de álcool compromete as faculdades psicomotoras, com significativa diminuição dos reflexos; enseja a perda de autocritica, o que faz com que o condutor subestime os riscos ou os ignore completamente; promove alterações na percepção da realidade; enseja déficit de atenção; afeta os processos sensoriais; prejudica o julgamento e o tempo das tomadas de decisão; entre outros efeitos que inviabilizam a condução de veículo automotor de forma segura, trazendo riscos, não apenas

a si, mas, também aos demais agentes que atuam no trânsito, notadamente aos pedestres, que, por determinação legal (§ 2º do art. 29 do CTB), merecem maior proteção e cuidado dos demais.

A Súmula nº 632 foi à última editada até o fechamento deste artigo e em seu verbete define que as indenizações securitárias dos seguros regidos pelo Código Civil deverão ser corrigidas monetariamente a partir da contratação até o efetivo pagamento.

A previsão causou certa estranheza, pois, a indenização securitária já leva em conta o valor do bem ou dos prejuízos no momento da ocorrência, não parecendo fazer sentido que se faça outra operação de atualização monetária para retroagir à data da contratação.

Com efeito, a fixação dos valores garantidos pelo contrato de seguro ocorre em duas fases distintas: no primeiro momento, quando da conclusão do contrato, tem-se a aferição do valor do interesse, ou importância segurada; depois, em ocorrendo o sinistro, fixa-se a indenização, vale dizer, faz-se a avaliação do valor dos bens danificados ou dos prejuízos sofridos.

Assim, a súmula desconsiderou que: (i) A legislação do Plano Real, validada pelo STF, e que veda o reajuste de correção monetária por prazo inferior a um ano; (ii) A própria jurisprudência do STJ, que define que a indenização no seguro de dano deve corresponder ao valor do efetivo prejuízo experimentado pelo segurado no momento do sinistro, observado o limite máximo da garantia; (iii) O princípio indenitário, albergado no art. 781 do Código Civil, que destaca que em nenhuma hipótese o valor da indenização deve superar o valor dos bens perdidos, destruídos ou danificados, afastando-se o enriquecimento injusto do segurado; e (iv) A previsão legal de, após um ano do início de vigência da apólice de seguro, ser admitido o reajuste do limite máximo da garantia, que representa o teto da responsabilidade do segurador.

5. Julgados do STJ e seu impacto no setor de seguros

Além das Súmulas, há que se destacar relevantes julgados de temas de interesse do setor segurador.

No ramo de seguro de vida, cumpre destacar o irretocável acórdão proferido pela 2ª Seção do STJ nos autos do REsp nº 1334005/GO que, por sete votos a um, decidiu que a seguradora não tem obrigação

de indenizar suicídio cometido dentro do prazo de carência de dois anos da assinatura do contrato de seguro de vida.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido (STJ, 2ª Seção, REsp nº 1334005/GO, Julgado em 08/04/2015, publicado no DJe de 23/06/2015)

O Acórdão proferido pela Segunda Seção fixou novo entendimento do STJ para o pagamento de seguro de vida nos casos de suicídios, pois, de acordo com a legislação civil, determinou critério temporal objetivo para o pagamento da indenização. E isto porque, desde o ano de 2011, o STJ vinha entendendo que o suicídio não premeditado ou involuntário se encontrava abrangido pelo conceito de “*acidente pessoal*” para fins de seguro, o que não encontra respaldo com o regramento previsto no artigo 798 do Código Civil⁷ sobre o tema.

Além disso, cumpre ainda mencionar alguns dos principais julgados em matéria de seguro saúde proferidos pelo STJ, dentre eles o REsp nº 795.867/SP, que entendeu pela não configuração de abusividade na exclusão de cobertura, pelo plano de saúde, de inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro, conforme abaixo.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INFERTILIDADE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR.

7 - Código Civil /2002 Art. 798.

RESOLUÇÕES NORMATIVAS. FUNDAMENTO
NA LEI Nº 9.656/98 - LEI DOS PLANOS DE SAÚDE
- LPS.

1. *Ação ajuizada em 29/11/16. Recurso especial interposto em 31/07/18 e concluso ao gabinete em 21/02/19.*

2. *O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde.*

3. *A Lei nº 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).*

4. *A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.*

5. *A Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 8º, I).*

6. *Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.*

7. *A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN nº 387/2015.*

8. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.795.867/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 02/04/2019, publicado no DJe de 04/04/2019)

De acordo com os fundamentos da Relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, a resolução da ANS permite excluir da assistência à saúde a inseminação artificial, autorizando, por outro lado, outros 150 (cento e cinquenta) procedimentos relacionados ao planejamento familiar. Assim, os consumidores têm assegurado o acesso a métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado e a realização de exames clínicos, entre outros procedimentos.

Ainda dentre os principais julgados de seguro saúde proferidos pela Segunda Seção do STJ, há que se destacar o Recurso Repetitivo nº 1.708.104 /SP, que consolidou o entendimento de não direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário do plano de saúde coletivo, ensejando a fixação da seguinte tese:

EMENTA RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. MANUTENÇÃO. ARTS. 30 E 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO.

1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos 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/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.708.104/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 22/08/2018, publicado no DJe de 24/08/2018).

O relator do repetitivo, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, destacou em seu voto que, conforme a legislação atual, uma das exigências para o ex-empregado ser mantido como beneficiário do plano de saúde coletivo empresarial é exatamente que ele tenha contribuído para o custeio do plano, o que evidentemente não ocorre quando o plano é integralmente custeado pelo empregador.

Finalizando os julgados de seguro saúde, outros dois julgados do STJ, igualmente julgados pela sua 2ª Seção sob a égide dos recursos repetitivos, foram responsáveis pela criação de mais duas teses. Uma referente a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA e, a outra, sobre o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário, conforme abaixo destacado:

RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA.

1. Para efeitos do art. 1.040 do NCPC:

1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº

9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76. Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

3. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 1.040 do NCPC.

(STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.726.563/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Julgado em 08/11/2018, Publicado no DJe de 03/12/2018)

EMENTA RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da

legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i)

baja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade, fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.568.244/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 14/12/2016, Publicado no DJe de 19/12/2016)

A partir da fixação da tese de que as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA, não houve mais qualquer dúvida de que as mesmas não devem mais custear os medicamentos não registrados, sejam eles importados, sejam eles nacionais, o que era reiteradamente deferido em ações judiciais, inclusive por decisões liminares, sob o fundamento de que o não custeio dos medicamentos poderiam provocar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Já a validade do reajuste de faixa etária nos planos individuais ou familiares ficou decidida nos termos do voto do Ministro Relator que ressaltou que:

Os reajustes nos planos de saúde se fundamentam no “mutualismo e solidariedade intergeracional” para preservar as seguradoras diante dos riscos da atividade. Esses princípios forçam os mais jovens a arcar com parte dos custos gerados pelos mais velhos, gerando os chamados subsídios cruzados.

Para a manutenção da higidez da saúde suplementar, deve-se sempre buscar um ponto de equilíbrio, sem onerar, por um lado, injustificadamente, os jovens, e, por outro, os idosos, de forma a

adequar, com equidade, a relação havida entre os riscos assistenciais e as mensalidades cobradas.

Já no ramo do seguro auto, cumpre destacar os julgados que dizem respeito às indenizações securitárias relacionadas a sinistro que tenha sido confirmado o estado de embriaguez do segurado/condutor do veículo. Apesar da inexistência de julgados repetitivos sobre a matéria, as Turmas de Direito Privado do STJ vêm julgando no sentido de admitir como legítima a cláusula que exclui cobertura securitária na hipótese de dano causado por segurado/condutor que dirige alcoolizado, conforme se depreende abaixo.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE À SEGURADORA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. MARCO INICIAL. SÚMULA 54/STJ. SEGURADORA. RESPONSABILIDADE. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. 1. O propósito recursal é julgar acerca da eficácia da cláusula de exclusão da cobertura securitária na hipótese de o acidente de trânsito ser causado pelo segurado em estado de embriaguez e, ainda, da possibilidade de condenar a seguradora direta e solidariamente ao pagamento da indenização. 2. Tem-se nesse julgamento duas lides distintas: a principal, onde se deve decidir acerca da responsabilidade do autor em reparar a vítima pelo dano causado e a lide secundária, decorrente da denúncia do réu, para decidir sobre a existência de direito de regresso do segurado em face da seguradora. 3. Diante da denúncia da lide à seguradora por parte do segurado, pode a denunciada: (i) aceitar a denúncia e contestar o pedido autoral ou (2) se contrapor à própria existência de direito de regresso do segurado. A aceitação da denúncia da lide e a contestação dos pedidos autorais por parte da seguradora fazem com que esta assumam posição de litisconsorte passivo na demanda principal, podendo ser condenada direta e solidariamente a pagar os prejuízos, nos limites contratados na apólice para a cobertura de danos causados a terceiros. O mesmo raciocínio não se aplica, entretanto, quando a seguradora contesta a existência de direito de regresso do

segurado. Nesse contexto, deve o Tribunal julgar a questão em lide secundária. Na espécie se conclui por não ser possível a cobrança direta e solidária da seguradora. 4. É legítima a cláusula que exclui cobertura securitária na hipótese de dano causado por segurado dirigir em estado de embriaguez. A ingestão de álcool conjugada à direção viola a moralidade do contrato de seguro, por ser manifesta ofensa à boa-fé contratual, necessária para devida administração do mutualismo, manutenção do equilíbrio econômico do contrato e, ainda, para que o seguro atinja sua finalidade precípua de minimizar os riscos aos quais estão sujeitos todos os segurados do fundo mutual. A nocividade da conduta do segurado se intensifica quando há também violação da própria literalidade do contrato, em manifesto descumprimento à *pacta sunt servanda*, imprescindível para a sustentabilidade do sistema securitário. Contratos de seguro tem impactos amplos em face da sociedade e acabam influenciando o comportamento humano. Por isso mesmo, o objeto de um seguro não pode ser incompatível com a lei. Não é possível que um seguro proteja uma prática socialmente nociva, porque esse fato pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados, o que contraria o princípio do *absenteísmo*, também basilar ao direito securitário. 5. A revisão da compensação por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado for exorbitante ou ínfimo. Há incidência da Súmula 7/STJ, impedindo o acolhimento do pedido. 6. Parcial provimento. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos em menor extensão os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos em menor extensão os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Sra. Ministra Nancy

Andrighi, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.441.620/ES, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 27/06/2017, Publicado no DJe de 23/10/2017)

De acordo com o voto vista da Ministra Nancy Andrighi, designada como Ministra Relatora para o Acórdão, a ingestão de álcool conjugada à direção por parte do segurado é forma gravíssima de quebra da boa-fé contratual.

A Ministra Nancy destacou em seu voto que:

Na atualidade é senso comum que ingerir álcool e tomar a direção são condutas incompatíveis, havendo comprovação científica e estatística de que a bebida alcoólica é capaz de alterar as condições do motorista. Nesse sentido, ainda que não haja intenção de agravar o risco por parte do segurado, há prática intencional de ato que leva despercebidamente ao mesmo resultado, uma vez que a conduta torna a realização do risco previsível. Comportar-se de maneira a agravar o risco, principalmente, quando o próprio contrato dispõe que tal comportamento importa na exclusão da cobertura, é violação, manifesta ao princípio da boa-fé.

Cumpra ainda o acréscimo, abaixo, do julgado proferido por unanimidade pela Terceira Turma do STJ nos autos do Recurso Especial nº 1485717/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que trouxe o entendimento que a configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas alcança também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos) na eventualidade da ocorrência do sinistro.

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, incrementa o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária.* 3. *A configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos). O agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa in vigilando) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato (culpa in eligendo).* 4. *A direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária. A bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combatido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade 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 absenteísmo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade.* 7. *Sob o prisma da boa-fé, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa in eligendo ou*

in vigilando), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação. 8. Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros). 9. Recurso especial não provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1485717/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 22/11/2016, Publicado no DJe de 14/12/2016)

Observa-se assim, que os julgados foram no sentido de reconhecer, que:

*No âmbito das relações privadas, como os contratos, por exemplo, o cumprimento da legislação em vigor é pressuposto de legalidade da relação. Nenhum contrato privado pode prever direitos ou obrigações às partes contratantes que fujam das determinações legais [...]. É por essa razão que guiar embriagado, em alta velocidade, em descumprimento às mais elementares normas de trânsito, nos contratos de seguros é interpretado como agravação de risco, e suficiente para eximir as seguradoras do dever de indenizar.*⁸

6. Conclusão

Criado a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, e instalado em 1989, o Superior Tribunal de Justiça veio com a missão de absorver algumas atribuições e competências anteriormente de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, com a missão de oferecer com rapidez e qualidade técnica a uniformização de decisões para permitir uma evolução na pacificação das relações sociais em todos os campos e concretizar princípios fundamentais do direito.

8- CARLINI, Angélica, FARIA, Maria da Glória – Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro – O Dever de Informação da Mutualidade. Direito dos Seguros. Organizadores: MIRAGEM, Bruno, CARLINI, Angélica. Editora Revista dos Tribunais Ltda. Edição 2015. Pág. 79 e 80.

Ao longo das três décadas de atuação, foram julgados mais de 6 milhões de processos, e produzida uma jurisprudência sólida que teve reflexos importantes na área de seguros, destacadamente no seguro saúde e de automóveis, previdência privada e temas correlatos. Sua vocação para a uniformização de entendimento na melhor aplicação da justiça fortaleceu-se com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015 que concedeu importância especial *aos precedentes judiciais, com objetivo claro de uniformização nas decisões, visando garantir a estabilidade da jurisprudência e a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração do entendimento*⁹.

As Súmulas e Teses fixadas pelo STJ foram fundamentais para dar maior segurança, inclusive jurídica, às relações securitárias, já que o contrato de seguro garante riscos predeterminados, sendo de suma importância a análise do risco para devida avaliação do bem a ser segurado, o que garantirá a preservação do fundo mútuo e o devido pagamento das indenizações.

Os julgados e as Súmulas editadas pelo Tribunal Superior, em sua maioria, refletem a regulamentação e a legislação atuais, sendo possível verificar o entendimento dos Ministros sobre as nuances e particularidades do contrato de seguro, que é ferramenta fundamental para o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto, CAMPOS MELLO, Patricia Perrone coordenadores, e outros. *A República que ainda não foi*. Editora Forum Ltda – Migalhas, 2018.

BECHARA SANTOS, Ricardo, Organizador, *Coletânea de Jurisprudência dos Tribunais Superiores – STJ e STF – CNseg*, Rio de Janeiro 2016.

GIAMPAULO SARRO, Luís Antônio – Coordenador – **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –** Principais Alterações do Sistema Processual Civil, página 162, - AIDA -- Editora RIDÉEL - 2ª edição, São Paulo 2016.

MIRAGEM, Bruno, CARLINI Angélica, Organizadores, *Direito dos Seguros – Fundamentos dos Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor* – **CARLINI, Angélica e FARIA, Maria da Gloria** – *Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro* – O

Dever de Proteção da Mutualidade, páginas 69 e 70, Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo 2015.

PETERSEN, Luiza Moreira, *O Risco no Contrato de Seguro*, página 161, Editora Roncarati Ltda. São Paulo, 2018.

Liberdade de associação, mecanismos de proteção de risco e contratos de seguro

Irapuã Beltrão*

Resumo: Neste trabalho busca-se compreender a possibilidade de associações de socorro mútuo realizarem coberturas de riscos, sobretudo diante da fronteira de sua eventual caracterização como atividade própria de seguro. Para tanto, será considerada a origem dessa atividade pautada na divisão de despesas, e a posição que ocupa atualmente no Brasil e, para reconhecer aquela fronteira, serão recuperados os pressupostos básicos da identificação dos contratos de seguro, e seus elementos caracterizadores como atividade. Tais aspectos vêm sendo contemporaneamente discutidos no cenário brasileiro, tanto no âmbito do judiciário, quanto no legislativo, o que demonstra a atualidade do tema.

Abstract: This paper seeks to understand the possibility of mutual associations relief to risk coverage, and the border of its eventual characterization as an insurance activity. To do so, it recovers the origin of the activity in cost sharing and the position that it currently occupies in Brazil. To recognize that frontier, will be recovered the basic assumptions of the identification of the insurance contracts and their essential elements as activity. This subject has been debated in the Brazilian scene, both in the judiciary and in the legislature, which demonstrates the relevance of the topic.

Palavras-chave: seguro; associações protetivas; rateio de custos; empresarialidade.

Keywords: insurance; mutual associations; cost sharing; entrepreneurship.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, *Master of Law (Insurance Law)* pela *University of Connecticut*, pós-graduado em Direito Econômico pela FGV/RJ e Direito do Estado pela UERJ, além de bacharel em Direito também pela UERJ. Atua como procurador federal da AGU desde 1994, já tendo ocupado as funções de Subprocurador-Chefe de Consultoria e Assuntos Societários, Coordenador de Assuntos Finalísticos, Procurador Chefe Substituto na SUSEP e membro titular do Conselho Recursos – CRSNSP. Professor da EMERJ e Universidade Veiga de Almeida e de cursos de pós-graduação na FGV, no IBMEC, na PUC/RJ, na UNESA e na ENS-Funenseg.

1. Introdução

Se é certo que a sociedade moderna tem trazido novos desafios para o acompanhamento das inovações tecnológicas, é igualmente certo que, mesmo distantes deste aspecto, diversas áreas de atividade têm cada vez mais despertado novas provocações, ainda que, muitas vezes, refundando os tradicionais conceitos. Na atividade securitária o tratamento do Direito dado ao tema não é diferente.

Nos últimos tempos, tem-se registrado o aparecimento de associações organizadas basicamente no âmbito de algumas atividades econômicas ou estruturas de cunho profissional, com a proposta de criação de um fundo mútuo com destinação específica à prevenção e reparação de danos causados aos interesses dos integrantes daquele grupo. Neste contexto, destaca-se como objeto mais comum a denominada “proteção veicular”, ainda que não exclusivamente neste campo de interesse a ser abrigado.

Diante da dificuldade de reconhecimento dos elementos indicantes da atividade, o tema rapidamente se judicializou, assumindo contornos particulares nas diferentes hipóteses, mas basicamente debatendo se aquele exercício poderia ser identificado com a natureza jurídica de um contrato de seguro, e que a associação, por conseguinte, estaria atuando como se seguradora fosse. Além de debates provocados junto ao Poder Judiciário, a matéria foi levada à análise da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, na qualidade de estrutura supervisora do Sistema Nacional de Seguros Privados, *ex vi* o Decreto-lei nº 73, de 1966.

E o assunto ganhou ainda maior repercussão com a proposta de alteração do Art. 53 do Código Civil, objeto do Projeto de Lei - PL nº 4.844, de iniciativa parlamentar, para que fosse incluída previsão no referido artigo, explicitando a possibilidade de os transportadores de pessoas ou cargas se organizarem em associação de direitos e obrigações recíprocas, para criar fundo próprio, desde que seus recursos sejam destinados exclusivamente à prevenção e reparação de danos ocasionados a seus veículos, por furto, acidente, incêndio, entre outros.

Sem prejuízo da solução meritória naquele procedimento legislativo, e na certeza de que o tema continua provocando a necessidade de enfrentamento definitivo pelo Poder Judiciário, a verdade é que algumas ponderações técnicas e jurídicas podem ser observadas, impondo as

reflexões aqui esposadas. Por outro lado, em razão da complexidade da matéria, passamos a abordar alguns pontos que merecem destaque, em modo de contribuição para a questão *in comento*.

2. Da natureza das Associações e a fronteira com o Seguro

Fundado em todas as acepções desenvolvidas mundialmente para as ‘pessoas jurídicas’, e também amparado na experiência de codificação anterior, o Código Civil de 2002 estruturou de forma bem delimitada a distinção entre as diversas formações de personalização jurídica.

Sempre relevante lembrar que a denominação de sociedade aplica-se às pessoas jurídicas formadas por um grupo reduzido de pessoas, que buscam essencialmente uma finalidade econômica. Já as associações são constituídas por um número maior de indivíduos, que visam fins normalmente morais, pios, literários, artísticos, etc. Pode-se dizer, então, que estas não têm objetivos econômicos, valendo esta peculiaridade como traço diferenciador em relação às sociedades, além de alguns outros aspectos daí decorrentes. O Prof. Sílvio Venosa¹ assim enfoca a questão:

Geralmente, embora isso não seja regra, as sociedades têm fins econômicos; as associações não os têm. Essa é a posição assumida pelo novo Código. São constituídas de agrupamentos de indivíduos que se associam em torno de objetivo comum e, de conformidade com a lei, integram um ente autônomo e capaz. Tais entidades podem até não ter patrimônio. Nesse sentido, o art. 53 do novo Código define: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.” O termo sociedade é reservado às entidades com finalidade econômica.

Assim também é o entendimento acolhido pela atual redação do Código Civil, que, em seu Art. 53, dispõe que as associações são constituídas *pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*, restando expressamente previsto que as associações não se destinam a atividades que tenham finalidades econômicas, tais como a comercialização de bens ou serviços. E assim tem sido afirmado pelos tribunais pátrios, especialmente para distingui-las das outras pessoas jurídicas: *associações civis são caracterizadas pela união de pessoas que*

1 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 256.

se organizam para a execução de atividades sem fins lucrativos. Sociedades simples são formas de execução de atividade empresária, com finalidade lucrativa².

Observada tal restrição finalística e decorrente do princípio constitucional da livre associação, não há qualquer impedimento para a formação de qualquer entidade com finalidade associativa, desde que lícita, possível, e nunca de caráter paramilitar (art. 5º, XVII CRFB). Até por este motivo, o proposto em projetos de lei (como o mencionado acima)³ não agregaria muito ao tema, já que se limitaria a reafirmar o já permitido. E admitido que não há qualquer impedimento para a criação de associações, bem como a sua liberdade de definição de objetivos associativos, a verdade é que a eventual inclusão de norma expressa no Código Civil, com o teor autorizativo direcionado a determinado grupo de atividade profissional, não resolve o ponto de dúvida quanto à potencial intersecção disto com a atividade de seguros, ou qualquer outra regulada.

Ademais, imperioso destacar que, se existe a garantia constitucional da livre associação para os fins lícitos, do outro, tangenciando tais grupamentos atividades submetidas ao requisito da autorização e controle governamental (Art. 170, parágrafo único, CRFB), aquela acepção de liberdade associativa será relativizada com os elementos do interesse público, coexistindo, portanto, com instrumentos regulatórios e decorrências de um poder de polícia. O direito brasileiro registra tal intersecção, e não apenas na atividade de seguros, mas também no caso das cooperativas de crédito submetidas à supervisão do Banco Central do Brasil - Bacen, as cooperativas e associações operadoras de planos privados de assistência à saúde sob regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, entre outras.

Neste sentido, não há dúvida de que a atividade de seguro historicamente é concebida com controles para atendimento aos

2- STJ, REsp 1398438, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, j. em 4.4.2017, p. DJe 11.4.2017.

3- Texto original apresentado pelo Projeto de Lei:

Art. 53.....

§ 1º Não há entre os associados, direitos e obrigações recíprocos, salvo o disposto no § 2º.

§ 2º Fica permitido aos transportadores de pessoas ou cargas organizarem - se em associação de direitos e obrigações recíprocas para criar fundo próprio, desde que seus recursos sejam destinados exclusivamente à prevenção e reparação de danos ocasionados aos seus veículos por furto, acidente, incêndio, entre outros (NR).

pressupostos das exigências do interesse público⁴, sendo isto marcado em diversos momentos do normativo constitucional e da positivação em normas legais. O atual marco setorial do Sistema Nacional de Seguros – Decreto-lei nº 73, de 1966⁵ – bem ilustra tal caráter, reservando o seguro para sociedades anônimas, e prevendo uma série de exigências estruturais e operacionais.

Refletir sobre formas associativas e outros grupamentos formadores de pessoas jurídicas que praticam atividades de cobertura de risco exige consequentemente, que se ilumine tal olhar com a recuperação das bases da atividade de seguro em si, de forma a concluir se estariam ou não diante daquelas exigências e padrões legais.

3. Dos Fundamentos do Seguro e seu reconhecimento nacional

Sempre se recupera o assentamento preliminar de que o seguro lida com as perdas, (suas consequências financeiras ou o risco de sua ocorrência) e o clássico *homo medianos* sempre procurou formas de melhor conviver com este conceito. Justo o oposto, a possível ocorrência de perdas é majoritariamente evitada e, portanto, medidas preventivas são costumeiramente adotadas.

De todas às versões ligadas ao risco, a humanidade sempre procurou mecanismos de prevenção ou qualquer outro meio de suavizar os efeitos negativos do risco para o seu patrimônio, atividades, saúde ou vida. Desde os primeiros processos ainda rústicos de contenção, a própria evolução social foi modernizando e aperfeiçoando tais mecanismos, apoiados pelo progresso técnico e científico, até que se atingisse o atual estágio da atividade securitária moderna, em formações tipicamente econômicas e de viés financeiro.

Em adição, o conceito fundamental da ideia do seguro está ligado ao Princípio do Mutualismo e à pretensão da diluição das perdas por um grupo, gerando assim uma ótica de “solidariedade” dentre os integrantes daquele grupo. Na verdade, esta prática da mutualidade – um dos fundamentos da atividade seguradora –, é tão antiga quanto os registros da civilização, com diversas formas de organização e disciplinamento.

Num determinado momento histórico, organizou-se a proteção coletiva em termos de socorros mútuos, compreendendo os montepios, confrarias, misericórdias e associações de artes e ofícios, sendo que as organizações religiosas, então, prestigiavam a importância

como medida de *solidarismo* que se articulava em torno das formas de mutualidade. Posteriormente, tal conceito expandiu-se para as atividades empresariais primárias, sobremaneira nas navegações, dado o grande risco que advinha das incertezas do mar e das longas jornadas de ausência dos portos de origem.

De certa forma, numa perspectiva histórica é possível reconhecer-se certa dose de evolução nesta atividade, já que, a partir de determinadas montas, aquelas organizações iniciais eram incapazes de garantir a solvência para os interesses protegidos. Caminhar em direção a um serviço profissional com contornos empresariais era inevitável. Some-se a tal o avanço social, tecnológico, industrial etc., que exigiu coberturas cada vez mais vultosas.

De qualquer forma, desde as primeiras formações organizadas da atividade, restou bem claro que o conceito de seguro poderia ser analisado em duas óticas complementares: do ponto de vista jurídico, o seguro seria um negócio jurídico com aquela transferência de determinadas consequências de apontado risco de uma pessoa para outra, caracterizando assim a realização de um contrato oneroso, com uma parte oferecendo, em troca de uma remuneração, algum tipo de garantia à outra. Fundamental, como ensina MESSINEO⁶, que o seguro, como fato econômico, consiste na transferência do risco e das consequências do dano para o segurador, pelo segurado, em troca do pagamento de uma soma em dinheiro.

Já numa perspectiva técnica, a atividade de seguro seria a divisão, dentro de um grupo de pessoas, dos efeitos danosos que seriam suportados apenas por um, num fenômeno de dispersão ou pulverização daquelas consequências danosas e de perdas ocorridas. Adicione-se a tal olhar técnico, portanto, um prisma econômico que permitiria ponderar sobre a função da atividade como um instrumento de viabilização de atividades e princípios de uma ordem econômica nas diversas organizações sociais.

Enxergado isoladamente, o contrato de seguro é uma operação entre o segurador e o segurado, com aquele objetivo de transferência do risco e suas consequências de dano. Coletivamente, com a multiplicação daqueles contratos, haveria a concessão da mesma garantia – ou de algumas compatíveis – sobre riscos similares ou

6- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, vol. VI, Buenos Aires, 1971, p. 156/157.

aproximados entre várias pessoas, apoiado na experiência histórica e estatística sugerindo que apenas alguns daquele grupo sofreram o sinistro decorrentes dos riscos em questão.

Assim, pode-se dizer que o mutualismo representa o ponto fundamental da atividade, ainda que, por outro lado, não se possa dizer que seja um elemento exclusivo da ótica securitária. Como já demonstrado historicamente, basta observar que, antes mesmo do atual e vigente ordenamento do Sistema Nacional de Seguros, o antigo marco setorial consagrado no Decreto-lei nº 2063, de 1940, inspirado nas bases trazidas do Código Civil de 1916, assim determinava:

Art. 1º A exploração das operações de seguros privados será exercida no território nacional por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal.

Parágrafo único. As sociedades cooperativas terão por objeto somente os seguros agrícolas, cujas operações serão reguladas por legislação especial.

Art. 2º Ficam excluídos do regime estabelecido neste decreto-lei o Instituto de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituam pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias.

Como se verifica, tal diploma legal, além de tratar da exploração das operações de seguro (art. 1º), reconhecia também a existência de socorro mútuo, e a inaplicabilidade daquele tratamento tipicamente securitário para outras organizações, tais como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituam pensões ou pecúlios, como destacado no art. 2º *in fine*, transcrito.

Justamente em razão deste ponto e por conta de alguns elementos típicos, é que se verifica que a atividade de seguros passou a se distinguir das demais formas de organizações mútuas. Para a atividade securitária, a simples existência do risco de várias pessoas e do modo de se lidar com as suas perdas não é suficiente. Marca-se, de plano, pela presença de um bom gerenciador deste grupo, e fundado em técnicas próprias como um fator determinante de sucesso daquele mutualismo das perdas. Pautou-se pela *expertise* do segurador, apoiado em conhecimentos técnicos de estatística e cálculo das probabilidades,

para que realize uma satisfatória dispersão dos riscos e sua natural função econômica de repartição dos prejuízos. Para a concretização desta dispersão, algumas técnicas são fundamentais, o que é característico e decorrente da empresarialidade e profissionalismo daquela pessoa.

Naturalmente, os seguradores devem possuir toda uma capacitação técnica para suportar tal atividade de grandes incertezas e, mesmo apoiados em estudos técnicos, devem estar preparadas para desvios anormais de comportamento daqueles riscos a partir dos exemplos históricos adotados. Por esta razão, mundialmente exige-se que os seguradores sejam empresas, formem *reservas e provisões técnicas* (art. 84 do Decreto-lei nº 73, de 1966), entre outros padrões cautelares.

No nosso ordenamento jurídico não foi diferente. Apesar de grande parte da estrutura normativa do negócio jurídico do contrato de seguro já estar desenhada com as disposições do Código de 1916 e reproduzidas no vigente códex, houve a previsão expressa no parágrafo único do art. 757⁷ de que somente poderia ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada. Tal previsão não significa uma novidade no Sistema Nacional de Seguros, combinando tal conteúdo com as demais disposições havidas no Decreto-lei n. 73, de 1966 (art. 24/25)⁸, sendo evidente que sempre houve determinação legal quanto a necessidade de uma autorização governamental para atuação no segmento de seguros privados (art. 74⁹ c/c art. 78¹⁰ do Decreto-lei nº 73/66). Bem observado o direito positivado, chegar-se-ia à imperiosa conclusão de

7- Art. 757 (...) Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

8- Art. 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas.

Parágrafo único. As Sociedades Cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho.

Art. 25. As ações das Sociedades Seguradoras serão sempre nominativas.

9- Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.

10- Art. 78. As Sociedades Seguradoras só poderão operar em seguros para os quais tenham a necessária autorização, segundo os planos, tarifas e normas aprovadas pelo CNSP.

que serão essencialmente empresários os seguradores, organizados em sociedades anônimas e sempre detentores de autorização governamental para tal atuação.

Mais do que isto, gerenciarão todo este cenário de atividades a partir de uma perspectiva não apenas de formação de fundo, mas, sim, apoiados em contribuições prévias (os prêmios de seguro) que, administradas tecnicamente, suportarão as consequências financeiras dos eventos ocorridos. De toda esta ilação a doutrina mundial retira os conceitos basilares do seguro. Vejamos por ilustração:

O seguro é uma operação pela qual o segurador recebe dos segurados uma prestação, chamada prêmio, para a formação de um fundo comum por ele administrado e que tem por objetivo garantir o pagamento de uma soma em dinheiro àqueles que foram afetados por um dos riscos previstos.¹¹

Mútuo auxílio financeiro, em caso de possíveis e fortuitas necessidades, avaliáveis num grande número de existências econômicas ameaças por análogos casos.¹²

Além disto, encontramos do Poder Judiciário nacional o reconhecimento da existência de alguns elementos básicos para a formação do contrato de seguros, como ora se ilustra:

CONTRATO DE SEGURO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITO - ART. 46 E 54, §4º, CDC - VIOLAÇÃO - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DE VIDA.

I - Os contratos de seguro são formados por quatro elementos básicos: o interesse segurável, o prêmio, o risco e a indenização.

II - Referidos contratos se constituem através de propostas, que são assinadas pelos segurados ou por corretores habilitados. Caso aceita a proposta pela seguradora, é emitida a apólice, que é o instrumento de constituição do contrato de seguro. (...)¹³

11 - ALVIN, Pedro. *O contrato de seguro*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 64

12 - Manes. *Noções Fundamentais de Seguro*, Publicação nº 15-IRB p. 10

13 - TJ MG – Apelação Cível Nº 1.0105.10.003519-2/001, rel. Des. Mota e

Percebe-se que o nosso olhar sobre a atividade pode ser dividido na visão individual da mesma e a realização do negócio jurídico típico, concentradamente no conceito e definição do contrato de seguro realizado entre o segurador e o segurado, e pela atividade empresarial do seguro, onde o segurador, profissional e empresário, pretende a dispersão técnica do risco numa coletividade, inclusive com o repasse para outros setores ou países com maior capacidade de absorção no caso de eventual ocorrência dos eventos de maiores proporções.

Reconhecendo estes conceitos e disciplinando os demais elementos do avença contratual existente, os *Códigos Civis* editados no país assim afirmaram a existência do contrato de seguro, com tais características:

***Código Civil de 1916 - Art. 1.432.** Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.*

***Código Civil de 2002 - Art. 757.** Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Ainda que com algumas nuances distintas e uma perspectiva modernizada sobre a relação na busca de uma teoria não apenas indenitária, a essência da contratação de seguros está ali desenhada. Tanto assim que a doutrina nacional, apontava com tranquilidade a caracterização contratual, ainda com base no *Digesto* anterior: *pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco*¹⁴.

De tudo isto, verifica-se que a atividade de seguros possui alguns elementos centrais que a caracterizam:

- **Imediatismo** na prestação obrigacional, já que a seguradora, desde o início da contratação, estabelece uma

Silva, DJe 25.2.2013

14- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 462

garantia sobre o interesse segurável.

- Contraprestação do Segurado: **pagamento do prêmio**, calculado técnica-atuarialmente, distinguindo-se do simples rateio de perdas.
- **Comutatividade**: sendo o sinalagma decorrente da prestação e contraprestação recíprocas.
- **Objeto em riscos predeterminados**, ficando a **álea** centrada no risco.
- **Empresarialidade** requerida pelo ordenamento - § único do art. 757.
- A Seguradora promete **não a indenização** das consequências econômicas de um acontecimento futuro e incerto, mas garante, nos limites contratados, que essas consequências não atingirão o segurado ou que seus efeitos serão minorados em sobrevindo o sinistro.

Se, de um lado, é fácil identificar o contrato de seguro, já que representa modalidade contratual tipificada no Código Civil, por outro, na vida prática não é tão simples identificar de forma genérica e abstrata quando isto esteja acontecendo de modo irregular. Como afirmado, ao longo da história os contratos e empresas de seguro nunca foram meios exclusivos para garantia de riscos e suas perdas, ou em lidar com as consequências financeiras e outras decorrências das perdas em sociedade.

A verdade é que será seguro se houver a existência de determinada atividade com pagamento de prêmios (recolhidos antecipadamente a qualquer evento danoso e fundado em quantificações técnicas) numa estrutura de cunho empresarial. Diferiria, por conceito, de formações organizadas em simples rateio de gastos ou perdas e dos pactos firmados para coberturas de despesas individuais ou comuns.

Entretanto, não existe elemento simples de distinção disto para outras formas associativas, que poderiam existir fundadas na cooperação recíproca e até mesmo coberturas de pequenos prejuízos comuns. Esta fronteira somente será verificada em cada caso, demandando constante verificação pontual se eventual auxílio mútuo (especialmente em rateios) possa ou não se caracterizar como atividade

securitária amparada nos financiamentos por prêmios estipulados atuarial e tecnicamente, ou mesmo numa organização tipicamente empresarial.

A dificuldade de distinção não representa particularidade nacional, sendo tal questão presente em diversas jurisdições, tanto assim que a doutrina especializada registra debates caso-a-caso, notadamente para concluir sobre a necessidade ou não de controles governamentais sobre a situação em apreço.

Em caso muito próximo ao cenário agora encontrado em território nacional, o Tribunal do estado norte-americano de Ohio enfrentou, antes da metade do século passado, a oferta de garantias, inclusive com reposição de coisas por parte de fornecedores e outros agentes comerciais, sendo bastante conhecido nos temas de direito securitário o caso em que a autoridade supervisora das atividades de seguro de Ohio litiga com algumas empresas. E daqueles casos se tira algumas importâncias ilações sobre a cobertura securitária:

Broadly defined, insurance is a contract by which one party, for a compensation called premium, assumes particular risks of the other party and promises to pay to him or his nominee a certain or ascertainable sum of the money of a specified contingency. As regards property and liability insurance, is a contract by which one party promises on a consideration to compensate or reimburse the other if he shall suffer loss from a specified cause, or to guarantee or indemnify or secure him against loss from that cause. It is a contract to indemnify the insured against loss or damage to a certain property named in the policy by the reason of certain perils to which it is exposed.¹⁵

Este julgamento, de 1938, em adição com outros casos que o seguiram, passa a ser referência para a caracterização das atividades de seguro naquele modelo da *common law*, tanto assim que diversas obras especializadas passam a concluir:

In summarizing the law enunciated in both Duffy and Herbert it is readily apparent that a contract “substantially amounting to insurance” in this context is one that promises to cover losses or damages over and above, or unrelated to, defects within the product

15 - State ex rel. Duffy v. Western Auto Supply Co. *apud* JACKSON, Howell E., SYMONS JR., Edward. L. *Regulation of Financial Institutions*, St. Paul: West Group, 1999, p. 457.

itself.¹⁶

O que se verifica é que a identificação ou não da atividade de seguro, não obstante os pontos de intersecção com outros institutos jurídicos e comerciais, passará necessariamente pelo reconhecimento dos seus elementos caracterizadores essenciais. Ocorre que a situação das atuais ofertas de proteção pelas associações e entidades congêneres não tem solução tão simples, passando ainda por outros pontos.

4. A cobertura para danos, o Código Civil de 2002 e as Jornadas de Direito Civil

Neste mister de identificar adequadamente a atividade de seguros, e, precisar a natureza de associações protetivas, não se pode deixar de registrar um capítulo de destaque sobre o tema, que recairá em face do produzido naqueles encontros de debates jurídicos, que ficaram conhecidos como as *Jornadas de Direito Civil*.

As Jornadas de Direito Civil foram promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, por intermédio de seu Centro de Estudos Judiciários e, como divulgado por tais órgãos, representaram um dos mais importantes encontros de privatistas do Direito brasileiro. Desde a primeira edição, em setembro de 2002, ainda sob o impacto da promulgação do novo Código Civil brasileiro, nelas se reúnem professores, membros de carreiras jurídicas de Estado (magistratura, advocacia pública, Defensoria Pública, Ministério Público), advogados e estudantes de pós-graduação, em um ambiente plural, com o objetivo primordial de analisar e discutir proposições de enunciados interpretativos do Código Civil.

Da primeira edição de 2002 às últimas, aconteceram diversas alterações no procedimento e nos métodos de trabalho das jornadas, o que proporcionou análises mais criteriosas dos enunciados apresentados. Por respeito à verdade histórica, as primeiras reuniões não foram cercadas dos mais rigorosos padrões para a apresentação de teses e posições o que, com o passar das edições, foi incrementado.

As primeiras jornadas eram caracterizadas por propostas individuais de algum participante, sem a necessária absorção de conteúdo pelos demais integrantes, e caracterizada por reuniões marcadas apenas pela

16- STEMPEL, Jeffrey W. et al. *Principles of Insurance Law*, New Yoirk: LexisNexis , 2012, p. 27.

presença dos inscritos. Com o passar das experiências, a aprovação das proposições tornou-se mais difícil, mesmo porque muitas das matérias já tinham sido objeto de enunciados nas edições anteriores. Num processo normal de aprimoramento, como divulgado pelo Conselho da Justiça Federal, o atual espírito do Regimento Interno das jornadas é o de valorizar mais o debate, o conagração e a troca de experiências, do que simplesmente aprovar enunciados, como pareceu marcar as primeiras edições.

Outra mudança importante está na descaracterização da autoria de enunciados. Não há mais um *autor* de enunciado, na medida em que a identificação é hoje vedada pelo Regimento Interno. A ideia é que o enunciado seja da Comissão de Trabalho, o que não acontecia nos primeiros encontros. Uma vez aprovado em plenário, transforma-se em enunciado das jornadas. De qualquer modo, é importante gravar que, sem prejuízo da relevância de suas conclusões, não são fontes formais do Direito, não obrigando as pessoas, em geral, como se verifica com as normas integrantes do ordenamento jurídico nacional.

Ainda para registro, a I Jornada de Direito Civil ocorreu no ano de 2002, em Brasília, com a aprovação de 137 enunciados e a participação de 130 estudiosos de todo o Brasil. Na II Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2003, não foram aprovados enunciados, ocorrendo apenas debates a respeito da codificação privada geral. Os enunciados voltaram a ser discutidos na III Jornada, já no calendário oficial do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, também realizada em Brasília, no ano de 2004. Participaram 101 juristas e foram aprovados 133 novos enunciados, dentre eles, um que nos interessa.

5. O Enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil

Tal narrativa sobre as Jornadas de Direito Civil é importante porque um dos pontos-chaves da questão em análise decorre também hoje da existência do Enunciado nº 185 aprovado na III Jornada¹⁷, atribuindo a seguinte interpretação diante do contido no art. 757 do C.C. 2002:

Enunciado 185 – Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda

17- Consulta disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>

mútua, caracterizados pela autogestão. (destaques nossos)

Ocorre que, mais interessante que o seu próprio conteúdo (para a ilustração do tema *sub examine*), são relevantes as razões que foram apresentadas à época do encontro de 2004 – III Jornada. Considerando tal importância, reproduzimos *in verbis*:

Há duas concepções de seguro, conforme suas origens. O seguro do tipo alpino surgiu nos Alpes suíços e é fundado no princípio da solidariedade. Os segurados compartilham entre si os riscos comuns, organizando-se em sociedades mútuas e prevenindo-se contra os infortúnios. Estipulam geralmente pecúlios para o caso de morte, sendo frequentes também os seguros de saúde e de acidentes.

O segundo tipo é o seguro capitalista, denominado “anglo-saxão”. É originário da cobertura dos riscos da navegação de longo curso e animado pelo objetivo de lucro do segurador.

O Código Civil de 1916 acolheu as duas modalidades, dedicando uma seção ao seguro mútuo. Os segurados em tudo suportavam o prejuízo advindo a cada um, exercendo eles mesmos a função de segurador (art. 1.466). Em lugar do prêmio, contribuíam para o enfrentamento das despesas administrativas e dos prejuízos verificados com quotas proporcionais aos benefícios individuais (arts. 1.467 e 1.469).

Pontes de Miranda acentuou não haver diferença conceitual entre seguro mutualista e capitalista, variando, todavia, a natureza da relação jurídica. No primeiro, há negócio jurídico plurilateral envolvendo os segurados entre si, que se organizavam geralmente em forma de sociedade, nos moldes do Código Civil de 1916. No seguro capitalista, o contrato é bilateral, entre segurado e segurador. (...)

Ainda que este aspecto embrionário destacado na argumentação do Enunciado não seja consenso na doutrina especializada da atividade securitária, o mais interessante decorreu das conclusões apresentadas em seguida àquela ponderação das origens. Argumentaram os autores da proposta que, na esteira do Código Civil de 1916, o contido no Decreto-lei nº 2063, de 1940 (arts. 1466/1470), teria reconhecido a possibilidade de garantias de interesses mútuos não pela forma de agentes seguradores empresários e dos contratos de seguros, com a bilateralidade de segurados e companhias autorizadas. Fundaram sua concepção na ideia de que aquele decreto-lei permitia a constituição

de fundos mútuos, o que validaria ainda hoje a oferta de proteção nos mecanismos associativos.

Recuperando a redação original do Código Civil de 1916, a forma denominada de seguro-mútuo, em lugar do prêmio típico dos contratos comerciais, os pretensos segurados contribuiriam com as quantias necessárias para custear as despesas administrativas e as perdas numa clara sistemática de rateio. E o faziam num claro espírito associativo, tanto assim que o art. 1.466¹⁸ daquele diploma afirmava que o conjunto dos segurados substituiriam as funções do segurador.

CARVALHO DE MENDONÇA assim tratava das características daquela instituição:

*O seguro mútuo é aquele em que muitas pessoas, sujeitas a riscos idênticos, reúnem-se para os pôr em comum e suportar, na proporção de seu interesse, o dano que cada qual suportar. É, enfim, a comunhão de riscos, a forma cooperativa de seguro, em que cada um é simultaneamente segurador e segurado. (...) No seguro mútuo, o segurado faz parte da sociedade seguradora e o vínculo contratual como que se obscurece e não se manifesta com clareza; é difícil ser de pronto descortinado.*¹⁹

Eis os contextos apresentados, ainda na fundamentação para elaboração do Enunciado nº 185, pretendendo ainda olhar o citado Decreto-lei em face do Código Civil:

O Decreto-Lei nº 2.063, de 7 de março de 1940, mudou essa situação. De um lado, dispôs que as operações de seguros privados só poderiam ser realizadas por sociedades anônimas, cooperativas e sociedades mútuas, mas, de outra parte, excluiu de sua incidência as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos, instituidoras de pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias.

Assim, criou um seguro mútuo societário e outro associativo, de

18- SEÇÃO IV – DO SEGURO MÚTUO 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 constituem a pessoa jurídica, a que pertençam as funções de segurador.

19- MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, 4. Ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 321.

certo modo distinguindo os conceitos de sociedade e associação, o que veio a ser feito decisivamente no Código de 2002. Nada disso, porém, significa o expurgo do mutualismo. A autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive levando-se em consideração a função social do contrato, garantem a sua permanência, desde que praticado em círculo restrito e mantido como princípio genuíno. Os mutualistas deverão auto-organizar-se exclusivamente sob a forma associativa, uma vez que a societária é utilizável somente pelo seguro capitalista e pela previdência social.

Legalmente, ainda prevalece a ressalva do Decreto-lei nº 2.063, de 1940, que não foi expressamente revogado pelo Decreto-lei nº 73, de 1966, permanecendo em vigor: as associações de classe, de beneficência e de socorro mútuos podem instituir pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias, de valor limitado, atendendo-se à restrição sobrevinda com a Lei nº 6.435, de 1977.

Sem adentrar ainda no mérito se este signatário concorda ou não com tais argumentos, o ponto axial é que tal conclusão interpretativa, além de fixar uma relevante leitura da situação, reforça inquestionavelmente a possibilidade do reconhecimento de que existam associações com criação de fundos específicos contra a perda, amparadas ainda por aquele diploma legal de 1940.

Interessante observar que já há inclusive decisão emanada do Poder Judiciário nacional – especificadamente do Tribunal Regional Federal da 2ª região²⁰ – que adota o referido enunciado como uma das razões de decidir. Além disso, outras decisões do próprio tribunal citado verificam diversos casos em sentido oposto, sendo o tema ainda bastante polêmico e controvertido no ambiente judicial.

6. Da revogação do Decreto-lei nº 2063 e a Mudança do Código Civil

Inicialmente deve ser registrado que a situação jurídica do referido Decreto-lei nº 2.063 é bastante controvertida, chegando a ponto de ser afirmado, por alguns, a sua ab-rogação. Assim se dá porque aquela norma disciplinava o sistema nacional de seguros, fato este também objeto de matéria do Decreto-lei nº 73, de 1966, que consolidava e

20- TRF – 2ª região, Apel. Cív. nº 0030239-61.2013.4.02.5101, 6ª turma, por unanimidade, rel. Juíza convocada Edna Carvalho Kleemann, j. em 14.7.2014.

instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, com as características que suas normas estampavam.

Alguns operadores técnicos justificam ainda a aplicabilidade do primeiro Decreto-lei, na medida em que algumas de suas disposições não são completamente conflitantes com as previstas no Decreto-lei nº 73, de 1966; justamente o contrário, em alguns temas, esta norma silenciava completamente.

Tal argumento não é suficiente para manter a validade de qualquer disposição daquele primeiro Decreto-lei de 1940, na medida em que os princípios básicos da aplicação da lei no tempo afirmam que lei nova que trata completamente de uma matéria revoga a anterior²¹. E este foi exatamente o papel do Decreto-lei nº 73, de 1966, que fixou o marco legal para a atividade de seguros, sem prejuízos apenas das disposições contratuais do Código Civil e das normas societárias acerca da estrutura social das pessoas jurídicas ali afetadas.

Contudo, se parece claro tal tratamento, é de se reconhecer que outros acreditam ainda na validade da norma de 1940, notadamente na parte não expressamente tratada pelo Decreto-lei nº 73, de 1966, e alterações posteriores, mas deixando de observar os pressupostos básicos para aplicação das leis, segundo aqueles critérios clássicos positivados na Lei de Introdução e já de mezinha solução para o aparente conflito existencial entre normas.

A verdade é que a sobrevinda do Decreto-lei nº 73, em 1966, dispendo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, ab-rogou, sim, a antiga norma do Decreto-lei nº 2.063, de 1940, que explicitamente tinha a pretensão de também regulamentar as operações de seguros privados. A superveniência daquele maculou com a pecha da incompatibilidade existencial o diploma anterior, incidindo as previsões do art. 2º e §1º da LINDB e revisitando as mais clássicas referências doutrinárias, como se ora ilustra pelo saudoso CAIO MÁRIO²²:

Tácita ou indireta é a forma de revogação mais frequente, porém

21 - Assim determina a parte final do art. 2º, §1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB: **§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.** – grifos nossos.

22 - PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, 17ª ed., ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 83.

mais delicada, sujeita a sutilezas, e por isso mesmo a doutrina mais detidamente a examina. (...)

O princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da incompatibilidade. Não é admissível que o legislador, sufragando uma contradição material de seus próprios comandos, adote uma atitude insustentável (“simul esse et non esse”) e disponha diferentemente sobre um mesmo assunto. (...) Na impossibilidade da existência simultânea de normas incompatíveis, toda matéria da revogação tácita sujeita-se a um princípio genético, segundo o qual prevalece a mais recente, quando o legislador tenha manifestado vontade contraditória.

Este cenário narrado pela doutrina nacional é justamente o havido no caso, dado que os dois diplomas são normas gerais e marcos setoriais para a disciplina das atividades de seguros privados e o reconhecimento da sistematização dali decorrente. Não por outro motivo são encontradas diversas previsões similares, pontualmente distintas, algumas com redação atualizada, mas sempre tratando daquelas operações securitárias. Reconhecer que algumas que existiam na norma de 1940 não foram mantidas ou reproduzidas no Decreto-lei de 1966 é justamente reconhecer a sua revogabilidade, com a retirada do mundo jurídico daquelas disposições. Neste cenário, se inserem-se os socorros mútuos, num simples exame perfunctório:

DECRETO-LEI nº 2063/1940	DECRETO-LEI nº 73/1966
Art. 1º A exploração das operações de seguros privados será exercida no território nacional, por sociedades anônimas, <u>mútuas</u> e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal. Parágrafo único. As sociedades cooperativas terão por objeto somente os seguros agrícolas, cujas operações serão reguladas por legislação especial. Art. 2º Ficam excluídos do regime estabelecido neste decreto-lei o Instituto de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, <i>bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos</i> que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias.	Art. 1º Todas as operações de seguros privados realizados no País ficarão subordinadas às disposições do presente Decreto-lei. Art. 3º Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias. Parágrafo único. Ficam excluídos das disposições deste Decreto-lei os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente. Art. 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas. Parágrafo único. As Sociedades Cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho.

De certa forma similar o código civil também corrobora tal conclusão, na medida em que a consolidação trazida em 2002 não reproduz a previsão do seguro mútuo que era presente na norma de 1916. Claramente, na perspectiva de comparação, a Lei 3.071/1916 continha tratamento para tal hipótese nos arts. 1.466 *usque ad* 1.470 que não encontra qualquer similar na Lei nº 10.406/2002.

Ocorre que, mais do que um simples silêncio obsequioso, tal supressão vem ainda acompanhada da exigência trazida pelo Código Civil de 2002, de que somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada²³, remetendo-se em claro processo de integração da legislação aplicável aos comandos havidos no Decreto-lei nº 73, de 1966, e seu disciplinamento acima destacado.

Resta patente ainda que, numa conclusão parcial, a insubsistência

dos argumentos de fundamento do Enunciado nº 185, resultante de uma clara percepção de evolução do ordenamento nacional em busca da empresarialidade e dos controles governamentais sobre a atividade securitária.

7. Da caracterização do Contrato de Seguro e sua empresarialidade

Ainda que subsistisse o Decreto-lei nº 2063, de 1940, utilizado como fundamento do Enunciado nº 185 da III Jornada, extrai-se o conteúdo do Decreto-lei nº 2063, de 1940, que a solução da questão deverá passar não apenas pela discussão da possibilidade jurídica dos auxílios mútuos. Como cediço, para que se determine adequadamente a natureza jurídica dos institutos, é fundamental que sejam definidos seus elementos caracterizadores. Justo por isto, recuperamos as características da atividade securitária e, na essência, sua tipificação como um contrato nominado que traz diversos elementos essenciais e, dentre eles, a empresarialidade.

Nos dizeres do Professor FRAN MARTINS²⁴ *entende-se por contrato de seguro aquele em que uma empresa assume a obrigação de ressarcir prejuízo sofrido por outrem, em virtude de evento incerto, mediante o pagamento de determinada importância*, extraindo-se desse conceito as características fundamentais da avença securitária. No seguro tido como atividade empresarial, o contrato individual ainda encontrará a indenização pela seguradora ao segurado, como decorrência da contraprestação ao pagamento do prêmio. O *prêmio* e a *indenização* completarão os elementos do contrato de seguro que, no escólio doutrinário, repousará nestes quatro componentes básicos: interesse segurável; prêmio; risco; garantia, que poderá ser convertida em uma indenização se for caracterizado o sinistro ou evento determinado.

Mais do que determinar o vínculo estritamente obrigacional existente entre o segurador e o segurado, o conceito contratual destaca como objeto do seguro a garantia contra o risco que possa sofrer uma coisa ou uma pessoa, e a forma pela qual a atividade será sustentada.

Num primeiro olhar, o objeto da avença securitária será o elemento capaz de fixar a sua natureza jurídica. Se no início da formação desta espécie contratual somente se imaginava a proteção a coisas, a própria evolução do mercado segurador mundial expandiu para a proteção de

24- MARTINS. Fran. *Contratos e Obrigações Mercantis*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 419.

outros interesses juridicamente relevantes, tal como hoje se identifica na garantia estendida de mercadorias adquiridas, na assistência funeral etc.

A doutrina especializada, antes mesmo do advento do atual Código Civil, passou a distinguir o contrato de seguro em razão do interesse protegido, identificando que o *interesse segurável não é a coisa, o bem, material ou imaterial, mas a relação existente entre o segurado e a coisa sujeita a risco, revelando-se que o que segura é o conteúdo econômico dessa relação*²⁵.

Além da garantia como elemento caracterizador, o segundo elemento preponderante para a existência do contrato reside no risco, o que tradicionalmente se entende como *qualquer evento futuro incerto, se bem que previsto no contrato, que independente da vontade das partes, possa afetar o interesse segurado*²⁶.

A reunião destes dois elementos justifica, caracteriza, e afeta o contrato de seguro, sendo que sua realização se dá exatamente – ainda que não exclusivamente para isto – para que uma das partes proteja os seus interesses à ocorrência do evento futuro e cercado de incerteza. Obviamente, em contrapartida a esta composição pelo binômio *Interesse Segurável – Risco*, surgem dois outros componentes necessários à caracterização do contrato, denotando o aspecto econômico que o envolve. Para o assentimento do risco, a seguradora, claramente, exige uma prestação monetária.

O prêmio passará a caracterizar o contrato já que, se o objeto será a aceitação de riscos sobre o interesse segurável, caberá à sociedade angariar fundos necessários a prevenção. Afinal de contas, ocorrendo o evento tido como risco, deverá o segurador minimizar o interesse segurável recompondo-o ou indenizando-o.

É em razão do risco envolvido no contrato de seguros que a seguradora estipula o valor da contrapartida a ser pago pelo segurado, sem que tais montantes sejam marcados pela equivalência comutativa de obrigações ou um mero cálculo de rateio de despesas ou perdas. O prêmio corresponderá, desta feita, à contraprestação paga pelo segurado em troca da garantia da seguradora (art. 763/764 CC/2002) de que, ocorrendo o sinistro, suas consequências econômicas serão

25 - FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*. São Paulo: Maltese, 1995, p. 40.

26 - MARTINS. op. Cit., p. 425.

reparadas pela seguradora mediante o pagamento da indenização.

Será ele é um dos elementos mais marcantes do contrato de seguros, pois sem o seu pagamento, não há como se obter os fundos necessários para a formação daquele aspecto do mutualismo e, por via de consequência, o pagamento dos sinistros que eventualmente venham a ocorrer. A identificação, mensuração e formação do prêmio é uma função do risco e seu interesse segurável, variando de acordo com a sua peculiaridade. Por tal aspecto é feito, usualmente, de forma separada para cada ramo de seguro, depois da análise estatística e padrões técnicos de grande massa dos riscos que entram na cobertura num prisma que recolhe situações homogêneas.

Resta, portanto, o prêmio amparado em elementos atuariais e estatísticos para que sua formação seja possível em larga escala, distanciando-se de um mero rateio de custos entre integrantes de um grupo com aspectos identificadores comuns. Como sempre foi destacado nacionalmente, desde a clássica doutrina de ALMICAR SANTOS²⁷:

Entre o prêmio e o risco existe uma dependência rigorosa. Para a fixação do prêmio necessita o segurador avaliar, por meio de estatística, o risco que toma a seu cargo, medindo, assim, a importância de sua obrigação. Daí, variarem os prêmios segundo a gravidade dos riscos.

A fixação do prêmio não é arbitrária. Elementos estatísticos, acrescidos de elementos financeiros, juntam-se aos elementos concretos – risco, importância seguradora e duração do seguro – para a formação das tarifas, que surgem tecnicamente apuradas, após larga experiência e múltiplas observações. (...)

Quer técnica, quer juridicamente, a importância do prêmio é manifesta, constituindo mesmo, se pode dizer, a base sobre a qual repousa toda operação.

Em hipótese alguma, portanto, poderá o segurador dispensar o segurado do pagamento do prêmio. Este é da própria essência do contrato, sendo substancial à sua existência.

27 - SANTOS, Almicar. *Seguro – doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Record, 1959, p. 48/49.

Jamais confundiriam, portanto, as formas de sustentação financeira da atividade de seguro dito comercial com a mera formação de um mero mecanismo de repartição de despesas – ou mesmo de encargos decorrentes de um dano – como, por exemplo, ocorre no ambiente dos condomínios de apartamentos. Igualmente haverá ali uma prestação prévia de valores de cada condômino e até mesmo uma formação de *fundo emergencial* ou de qualquer outra denominação. Mas tais montantes não são baseados em critérios estatísticos e atuariais como se caracteriza a formação do prêmio no contrato de seguro, nem decorrentes de uma identificação específica de interesses em risco.

Os fundamentos técnicos e jurídicos do prêmio se prestam para aperfeiçoar ainda mais o tema ora em apreço. Aí residiria a distinção entre os dois mecanismos havidos no Código Civil de 1916 e no Decreto-lei nº 2063, de 1940, que, como já se viu, não foi amparada na norma de 2002. A forma mútua pressupunha um simples rateio das despesas e perdas em cotas proporcionais entre os integrantes de um grupo marcado por vínculo associativo²⁸, ao lado que o seguro dito empresarial se caracteriza pela cobertura de riscos fundados naquela perspectiva técnica de financiamento.

Em razão disto é que apenas as sociedades empresárias – como um padrão legal – poderiam atuar nesta atividade, fundadas nas exigências de profissionalismo e demais aspectos de sua empresarialidade. Mesmo fundadas em todos os pressupostos técnicos de sua sustentação, a atividade ainda traz inevitáveis riscos do negócio, a serem suportados pelos empresários, corporações, acionistas e investidores. Nada disto foi ou seria encontrado nos auxílios mútuos. Ainda que fossem reconhecidos, seria sustentado pelo rateio, inclusive se as perdas saírem dos padrões estimados inicialmente, gerando inegáveis riscos para os integrantes, ainda mais se envolveram pessoas sem a necessária compreensão do caráter associativo.

A verdade é que tal aspecto empresarial é bastante reforçado pela doutrina nacional, inclusive nas clássicas referências de PONTES DE MIRANDA²⁹:

Com a descoberta do cálculo das probabilidades, as empresas de seguros tomaram lugar relevante da vida econômica contemporânea.

Operou-se a organização e conceberam-se os programas no sentido de se assumir a álea com a diminuição dos eventuais prejuízos. Com isto, ganharam as seguradoras e ganharam os contratantes de seguro e os beneficiários, por haver firmeza nas promessas segurativas. O segurador conta com os cálculos e por bem dizer assume os riscos sem riscos. A pluralidade de seguros como que se superpõe a homogeneidade dos valores segurados. A técnica baseada na matemática, serviu à vida econômica, criando tranquilidade onde existia era o temor: o temor do contratante, que obtinha o seguro para temer menos, posto que ainda pudesse ocorrer a insolvência do segurador; o temor do segurador, que assumia o risco. Com o afastamento das razões para o temor do segurador, diminuiu o restante temor do inadimplemento pelo segurador, que persistia na mente do contraente ou do beneficiário.

Considerando que estes elementos capitais, agregadas ainda as partes envolvidas no negócio celebrado – segurador/segurado –, como adverte WALDIRIO BULGARELLI³⁰, pode-se extrair da conceituação legal do Código Civil este conceito do contrato de seguro. Por óbvio, tratando-se de um contrato de natureza empresarial sempre será possível privilegiar-se uma visão técnica e econômica do contrato, sem prejuízo da perspectiva e adequação jurídica.

O que não se concebe a partir das bases fincadas no ordenamento jurídico é que entidades formadas sob o princípio constitucional da liberdade de associação busquem também este o aspecto econômico da relação, mormente sem qualquer identificação de grupos fechados ou restrições associativas.

Ainda que aparentemente formadas no espectro da liberdade de associação, demonstrando a existência dos elementos acima descritos, não há outra alternativa senão concluir que há o contorno jurídico daquele contrato típico de seguro e, conseqüentemente, que estariam inadequadamente funcionando como verdadeiras sociedades seguradoras. A verdade é que se o pretendido pelas organizações de assistência for aquele mesmo padrão econômico, somente poderá ser caracterizado como um típico contrato de seguro, embasado em todo o escólio da doutrina e também decorrente das disposições havidas tanto no Código Civil de 2002, como pelo marco setorial do Sistema Nacional de Seguros Privados.

30- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*; 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 638.

Neste sentido, ainda que não contemplando todas as ponderações acima, o e. Superior Tribunal de Justiça reconheceu este último aspecto por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.616.539, como constou no voto do Min. OG FERNANDES³¹:

(...) como já assinalado acima, a parte requerida sequer possui natureza de “grupo restrito”, visto que “comercializa” o seu produtor de forma abrangente, do que se deduz que assume o risco contratado como se fosse uma típica sociedade de seguros.

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 (e-STJ, fls. 789-811), a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade questionada nesta demanda.

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. (...)

Veja-se que tal conclusão se impõe mesmo por um prisma técnico, sem prejuízo ainda de muitos olhares possíveis a partir das normas de proteção ao sistema nacional de consumidor. Ainda que não se pretenda aqui enfrentar a questão sob este prisma, não há dúvida de que diversas pessoas interessadas em realizar a contratação securitária para a proteção de seus interesses poderão ser levadas a erro.

8. Conclusões

Toda a celeuma sobre a possibilidade de se constituírem associações ou outras entidades para a oferta de coberturas de risco, por óbvio, não se resume aos elementos decorrentes da garantia constitucional de liberdade associativa. Ainda que esta proteção da Carta Magna não seja jamais afastada, deve tal aspecto ser ponderado diante de outros conteúdos previstos em nosso ordenamento jurídico, como se ilustra pela disciplina de algumas atividades sujeitas ao interesse público.

31 - STJ – REsp nº 1.616.359-RJ, 2ª turma, por unanimidade, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 21.6.2018.

No caso das atividades de seguro, a evolução de nossa atividade legislativa demonstra um inegável tratamento não apenas da caracterização do contrato típico, mas também de uma atividade submetida ao controle governamental, inclusive com a necessidade de prévia autorização. Neste particular, resta incontroverso que a compreensão dos padrões havidos no Código Civil, especialmente o parágrafo único do art. 757, devem ser interpretados em consonância com as previsões do marco setorial.

Por outro lado, perquirido tal diploma regedor do Sistema Nacional de Seguros Privados, resta inaplicável o Decreto-lei nº 2.063/1940 para solução de qualquer questão relativa ao tema ora ventilado. Justo o contrário, afastada aquela norma diante da superveniência do Decreto-lei nº 73/66, este diploma legal não admite a formação de grupos de ajuda mútua ou qualquer outra forma associativa para garantia de riscos, corroborado posteriormente pela superveniência do Código Civil de 2002.

Mesmo que sejam concebidas propostas legislativas, a solução para a questão passaria sempre por uma adequada identificação dos elementos caracterizadores da atividade de seguro e o objeto de sua contratação. Propostas apresentadas que não enfrentam tal ponto não contribuem para sanar as dúvidas que podem vir da realidade prática sobre a caracterização ou não das atividades de eventual associação com um caráter tipicamente securitário.

Independente da forma jurídica assumida, ainda que em nome de uma liberdade de associação, presentes os elementos identificadores da atividade de seguro - especialmente interesse segurável, risco e prêmio para sua sustentação – passará a atividade a ser caracterizada por aquela empresarialidade tão típica dos contratos de seguro, implicando, finalmente, na incorporação de todas as exigências decorrentes do ordenamento jurídico nacional.

Receitas advindas de rendimentos financeiros dos bens garantidores de provisões técnicas, não decorrem da atividade econômica de uma empresa de seguro: Jurisprudência após os efeitos da solução de Consulta nº 83 – COSIT 24/01/2017

Márcio Robson Costa*

Resumo: O presente artigo busca destacar os impactos pós-solução de consulta nº 83/2017, chancelada pela Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), cujos efeitos são vinculantes (Instrução Normativa RFB nº 1396, de 16 de setembro de 2013), nas esferas administrativas, através de julgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, bem como no judiciário. No trabalho de pesquisa são analisados aspectos práticos e conceituais que irão conduzir o leitor à conclusão de que, sem causar maiores expectativas, não se terá um desfecho para o caso contemplado na SC COSIT em questão. Isso decorre do fato de se ter um *Leading Case* a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 400.479/RJ), que pode pacificar a questão, mas que também pode ser restritivo ao objeto da discussão, ou seja, a incidência das contribuições do PIS/COFINS sobre prêmios de seguros.

Abstract: This article seeks highlight the impacts following consultation solution 83/2017, as it is a solution endorsed by the General Tax Coordination (COSIT), whose effects are binding (Normative Instruction RFB 1396, of September 16, 2013), in administrative spheres, judged by the Administrative Council of Tax Appeals - CARF, as well as in the judiciary. In the work research analyzed practical and conceptual aspects that will lead the reader to the conclusion that, without causing higher expectations, will not have an outcome for the case contemplated in SC COSIT in question given that we have a *Leading case* to be faced by the Federal Supreme Court (RE No. 400.479 / RJ), which may pacify the issue, but may also be restrictive to the subject matter of discussion, namely the incidence of PIS / COFINS contributions on insurance premiums.

* Consultor Contábil especializado em Direito Tributário. Conselheiro Substituto e Vice-Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Membro efetivo e Ex-Presidente da Comissão de Assuntos Fiscais – CAFIS da CNSEG.

Palavras chaves: Receitas, Ativos, PIS, COFINS, CARF, COSIT.

Keywords: Revenue, Assets, PIS, COFINS, CARF, COSIT.

Sumário: 1. Introdução. 2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98. 3. O caso das sociedades seguradoras no STF. 4. A mudança do conceito de receita bruta pela Lei nº 12.973/14 e o panorama da discussão sobre as receitas financeiras de ativos garantidores nas esferas administrativas e judiciais. 5. As receitas financeiras de ativos garantidores. 6. Do Problema. O entendimento da RFB manifestado através da Solução de Consulta nº 83 – COSIT. 7. O entendimento do CARF. 8. O entendimento do Judiciário. 9. Referencial Teórico. 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A tributação afeta o comportamento dos indivíduos de diversas formas, desde o consumo, às horas dedicadas ao trabalho e à poupança. Também interfere nas decisões das empresas, como em contratações e aumento da produção. E é tendo em vista seus impactos que a pesquisa na área tributária é muito antiga, como sinaliza Atkinson (1977).

A busca por modelos ideais de tributação, que tenham menor impacto na atividade empresarial, é o foco de pesquisadores da área econômica, financeira, contábil e jurídica. Os primeiros são responsáveis, inclusive, pela criação da *teoria da tributação ótima* (STERN, 1987; STIGLITZ, 2000), a qual se ocupa em pesquisar como os tributos deveriam ser instituídos de forma a atingir, primeiramente, os objetivos da eficiência econômica. Adam Smith, em sua obra “Riqueza das Nações”, datada de 1776, já sinalizava os princípios que deveriam ser observados para um sistema tributário mais justo ¹(SMITH, 1986).

1-Para Smith (1986), um sistema tributário mais justo deveria observar os seguintes princípios:

- a) Cada um deveria contribuir para o Estado, de acordo com suas respectivas capacidade, ou seja, em proporção à renda que respectivamente gozam, sob a proteção do Estado;
- b) O tributo deveria ser certo e não arbitrário. O tempo de pagamento, a maneira, a quantidade a ser paga, tudo deveria ser claro e simples para o contribuinte e para qualquer pessoa;
- c) O momento do pagamento do tributo deveria ser o mais favorável ao contribuinte;
- d) O tributo deveria ser elaborado de forma que o custo para o seu pagamento pelo contribuinte e para sua administração pelo Estado fosse o menor possível.

Um dos temas que tem gerado intenso questionamento no âmbito das empresas de seguros privados diz respeito ao cômputo das receitas financeiras provenientes dos ativos garantidores das reservas técnicas, na determinação das bases de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o financiamento da seguridade social (COFINS), apuradas pelo regime cumulativo.

Tal controvérsia, que permanecia dormente, aguardando definição por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), voltou à pauta de discussão com o pronunciamento externado pela Coordenação Geral de Tributação (COSIT) da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Solução de Consulta nº 83, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16.02.2017, no sentido de que as aludidas receitas, por decorrerem de atividade empresarial própria das empresas de seguros privados, integrariam o respectivo faturamento, para fins de incidência do PIS e da COFINS.

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98

No período anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, a Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) estabelecia, em seu artigo 195, que as contribuições sociais poderiam incidir, inclusive, sobre o faturamento da pessoa jurídica. Não existia um conceito específico, para fins da incidência das referidas contribuições, do termo “faturamento”.

Durante esse período, foi publicada a Lei nº 9.718/98, que atualmente trata das Contribuições para o PIS e a COFINS sob o regime cumulativo. Desde sua promulgação, essa lei prevê, em seu artigo 2º, que as contribuições devem ser calculadas sobre o faturamento das pessoas jurídicas, de modo que, nesse ponto, sempre esteve alinhada com o disposto na CF/88.

Ocorre que, na redação original de seu art. 3º, essa mesma lei estabelecia que o faturamento corresponderia à receita bruta da pessoa jurídica (*caput*), a qual definia como a *totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas* (§1º).

Portanto, a Lei nº 9.718/98 determinava que o PIS e a COFINS devessem incidir sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, em evidente tentativa de igualar os conceitos de faturamento

e receita bruta, aproveitando-se do vácuo ocasionado pela ausência de conceito determinado para o termo “faturamento” e, dessa maneira, alargando a base de cálculo das contribuições.

Contudo, uma vez que o conceito de “faturamento” comporta apenas as receitas provenientes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, inúmeras empresas ajuizaram ações para excluir da base de cálculo do PIS/COFINS as receitas derivadas de outras fontes.

Após longa controvérsia, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, quando dos julgamentos dos Recursos Extraordinários (RE) nº 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, ante sua incompatibilidade com o disposto no artigo 195 da CF/88 (com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98).

Em virtude das decisões proferidas pelo STF, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, por meio da qual revogou expressamente o referido dispositivo julgado inconstitucional. Com isso, a base de cálculo do PIS/COFINS para as sociedades sujeitas ao regime cumulativo passou a compreender apenas o “faturamento” em seu sentido estrito e técnico, nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.718/98 (receita bruta da pessoa jurídica).

Naquele julgamento, em que o termo faturamento foi interpretado como sinônimo de receita bruta, a questão foi enfrentada sob a perspectiva de pessoas jurídicas que tinham por atividade a venda de mercadorias ou serviços, não abrangendo peculiaridades decorrentes de outras atividades, como a securitária.

Diante disso, como operação de seguro não se confunde com venda de mercadoria, nem com prestação de serviço, alguns juristas e tributaristas passaram a sustentar que as receitas de prêmios estariam fora do campo de incidência do PIS e da COFINS.

3. O caso das sociedades seguradoras no STF

Após a edição das Leis nº. 10.637/2002 e nº 10.833/2003, que instituíram a sistemática não cumulativa de apuração das Contribuições para o PIS e da COFINS, respectivamente, algumas empresas continuaram sujeitas à sistemática anterior, o regime cumulativo das contribuições, ainda que obrigadas a apurar o Imposto de Renda da

Pessoa Jurídica (IRPJ) segundo o regime do Lucro Real, como é o caso das seguradoras.

Ocorre que, mesmo após as referidas decisões do STF em torno do conceito de faturamento, remanesceu a controvérsia em torno da possibilidade de as receitas auferidas pelas instituições financeiras e sociedades seguradoras serem alcançadas pelo PIS e pela COFINS na sistemática cumulativa, uma vez que essas receitas não são propriamente oriundas da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Passou-se a debater quais receitas poderiam estar abrangidas no conceito de faturamento dessas pessoas jurídicas e, por conseguinte, sofrerem a exação do PIS e da COFINS.

Quanto às seguradoras, o tema foi submetido à apreciação do Plenário do STF por meio do RE nº 400.479/RJ, no qual figura como parte a empresa AXA Seguros, ainda pendente de julgamento. Discute-se, principalmente, a incidência das contribuições sobre prêmios de seguros.

O voto do relator, Ministro Cezar Peluso, foi no sentido de que as receitas decorrentes das atividades próprias das seguradoras, como os prêmios, devem ser tributadas. Embora o caso não esteja submetido ao regime de repercussão geral, de modo que a decisão a ser proferida pelo STF não será vinculante aos órgãos da Administração Pública e demais órgãos do Judiciário. Porém, o caso é visto como um *leading case* para as seguradoras, capaz de firmar posição jurisprudencial e influenciar os julgamentos subsequentes sobre o mesmo tema.

Ademais, com relação às instituições financeiras, a Corte reconheceu a repercussão geral da matéria nos autos do RE nº 609.096/RS, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em que figura como parte o Banco Santander - também pendentes de desfecho.

Em suma, ainda não há uma definição jurisprudencial em torno das receitas que, sob a ótica constitucional, podem ser consideradas como faturamento das seguradoras e instituições financeiras para efeito de incidência do PIS/COFINS.

Porém, é fundamental notar que, após declarar inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS, o STF já julgou casos de empresas que atuam em alguns segmentos empresariais distintos da venda de mercadorias e da prestação de serviços. E, nessas ocasiões, provocada a delimitar de modo mais preciso o conceito de

faturamento, a Corte manifestou-se no sentido de que a soma das receitas oriundas das *atividades empresariais típicas*, e não apenas das referidas atividades, está sujeita à tributação. A título de exemplo, vide a ementa do acórdão proferido nos autos do RE nº 371.258/SP: “(...) COFINS. *Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*”².

Inclusive, esse entendimento se mostra plausível no voto proferido pelo Ministro relator Cezar Peluso, no já citado RE nº 400.479, para quem o conceito “moderno” de faturamento seria mais abrangente que o simples produto das vendas e prestações de serviços seguidos de fatura. Na visão que expôs, o faturamento compreende as receitas provenientes das atividades econômicas que integram o objeto social da empresa e também as provenientes das atividades que, embora não expressamente previstas no objeto social, são exercidas com habitualidade, de tal modo que as receitas de prêmios de seguros estão sujeitas à tributação.

Nas palavras de Martins, G. A. (2005, p. 29), os “*conceitos são palavras que expressam uma abstração intelectualizada da idéia de um fenômeno ou de um objeto observado*”. É “*a delimitação mental de um objeto, apreendido segundo as convenções adotadas para a depuração da linguagem da ciência que o exterioriza*” (MINATEL, 2005, P. 87). A conceituação, neste sentido, é um processo de abstração de um fenômeno ou objeto. Sua função é circunscrever ou definir a substância ou essência necessária de uma coisa (MARTINS, G. A., 2005).

Destaca-se que “*embora o conceito seja normalmente indicado por um nome, ele não é o nome, já que diferentes nomes podem exprimir o mesmo conceito ou diferentes conceitos podem ser indicados, por equívoco, pelo mesmo nome*” (MARTINS, G. A., 2005, P. 29). É o que ocorre com uma imagem refletida em um espelho. A imagem representa um determinado objeto, mas nem por isso se confunde com ele. O aludido autor destaca ainda que o objetivo de um conceito “*é simplificar o pensamento, ao colocar alguns acontecimentos sob um mesmo título geral*”. Atividade empresarial própria é um exemplo de conceito. A partir de um processo de abstração, determinada realidade foi resumida e agrupada neste conceito. E tendo em vista que um nome pode exprimir diversas realidades, o

2-STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 371.258 /SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/10/2006.

conceito de *atividade empresarial própria*, também pode representar diversas realidades, de acordo com a ótica em que é analisado. O que leva a refletir sobre o conceito moderno do Excelentíssimo Min. Cesar Peluso.

Esta pesquisa, por exemplo, busca conhecer o significado do conceito literal de atividade ou objeto principal da pessoa jurídica para o que sempre deu trato ao conceito de receita bruta. Procura, dessa forma, a sua definição, a qual, nas palavras de Martins, G. A. (2005), “*consiste em determinar a extensão e compreensão de um objeto ou abstração*”. A definição, portanto, é o processo inverso da conceituação. Enquanto este é um processo de abstração, aquela busca delimitar seu alcance.

4. A mudança do conceito de receita bruta pela Lei nº 12.973/14 e o panorama da discussão sobre as receitas financeiras de ativos garantidores nas esferas administrativas e judiciais

Com o advento da Lei nº 12.973/14, foi modificado o artigo 3º da Lei nº 9.718/98, sendo estabelecido que a base de cálculo do PIS e da COFINS devidos sob a sistemática cumulativa corresponde à receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto Lei nº 1.598/77.

DECRETO-LEI Nº 1.598, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.

Altera a legislação do imposto sobre a renda. Receita de Vendas e Serviços

Art. 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendida nos incisos I a III.

A mesma lei alterou o artigo 12 do Decreto Lei nº 1.598/77, prevendo que o conceito de receita bruta compreende o produto da venda de bens, o preço da prestação de serviços em geral, o resultado auferido nas operações de conta alheia e, ainda, as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não compreendidas nas definições anteriores.

O conceito legal de receita bruta, para fins de incidência do PIS/COFINS cumulativo foi, portanto, ampliado, de modo a incorporar o entendimento que já vinha prevalecendo na jurisprudência dos Tribunais Superiores e no âmbito da Administração tributária federal, no sentido de que estão sujeitas às contribuições as receitas auferidas em razão do exercício das atividades empresariais previstas no objeto social das sociedades e daquelas caracterizadas ora como *típicas, principais ou habituais*.

Martins, G. A. (2005, p. 31), com base em Koche (1999), explica que “*uma definição é a releitura, à luz de uma teoria, de um certo número de elementos do mundo real; é, portanto, uma interpretação, explicação*”. A definição, em outras palavras, é a declaração do significado de um termo em um dado campo da investigação. Essa afirmação é importante, uma vez que um conceito pode ter vários significados. Não existe um significado privilegiado para um determinado conceito, mas existem várias possibilidades de defini-lo para fins diferentes (ABBAGNANO, 1970).

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), vale ressaltar, antes mesmo do advento da Lei nº 12.973/14, possuía inúmeras manifestações defendendo a tributação nesses termos, especialmente em sede de resposta a consultas formuladas por contribuintes.

Sob uma perspectiva geral, isto é, sem abordar receitas de fontes específicas, o entendimento atual da RFB pode ser ilustrado pela seguinte solução de consulta, de lavra da sua Coordenação-Geral de Tributação (COSIT) e com efeitos vinculantes para todos os Auditores-Fiscais³, a saber: é relativamente claro o entendimento básico da RFB sobre a incidência do PIS e da COFINS na sistemática cumulativa mas, como se sabe, é a aplicação desse entendimento no caso concreto que gera muitas controvérsias, tendo em vista a amplitude das expressões utilizadas pelo órgão para qualificar as atividades que podem gerar receitas tributáveis, como é o caso da expressão *atividades empresariais*

3 - Solução de Consulta COSIT nº 84/16. <https://bit.ly/2nFDx1i>

habitualmente exercidas no contexto de sua organização de meios. Percebe-se que, no caso concreto, os termos comportam as mais variadas interpretações.

Como não poderia ser diferente, a polêmica alcança as sociedades seguradoras, em especial no que diz respeito às receitas financeiras por elas auferidas em virtude de investimentos compulsórios.

5. As receitas financeiras de ativos garantidores

A legislação securitária determina que as sociedades do segmento constituam *reservas técnicas, provisões e fundos* para o cumprimento de todas as suas obrigações, bem como as obriga a realizar investimentos em ativos financeiros de igual valor a fim de garantir o cumprimento de tais obrigações, obedecendo a critérios que garantam remuneração adequada, segurança e liquidez⁴.

As diretrizes que norteiam os critérios técnicos de realização dos investimentos estipulados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP servem para garantir que as provisões técnicas sejam suficientes para o cumprimento das obrigações das seguradoras. De fato, todos os critérios visam à manutenção e geração de recursos para as ditas provisões, cuja destinação, conforme destacado anteriormente, é exclusiva para a cobertura de sinistros e de outros dispêndios.

Sem adentrar nas finalidades específicas das provisões, é preciso notar que os novos recursos gerados pelos investimentos compulsórios representam, sem qualquer dúvida, receitas financeiras para as seguradoras. Ocorre que, embora o próprio Fisco reconheça que as receitas financeiras de tais sociedades, em geral, não estão sujeitas à incidência do PIS e da COFINS⁵, uma vez que não decorrem de suas atividades típicas, o mesmo não se pode dizer das receitas financeiras especificamente derivadas dos referidos investimentos.

Posto isso, tais receitas financeiras, pelo simples fato de que os investimentos de que se originam têm cunho obrigatório, não podem ser reputadas derivadas do objeto social ou das atividades típicas das seguradoras. Essas sociedades não têm como atividade-fim a realização

4- Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm

5- Solução de Consulta COSIT nº 516, de 30 de outubro de 2017. <https://bit.ly/2ozM6KM>

dos investimentos compulsórios, nem o fazem habitualmente com a intenção de gerar lucros. Seu objeto social compreende tão somente as atividades de seguros, para as quais a aplicação dos recursos das provisões técnicas em ativos garantidores é meramente acessória.

Cabe ressaltar que Segundo Maria Helena Diniz (2003, p.441):

O contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros previstos no contrato.

O conceito de contrato de seguro no Código Civil é disciplinado no Art.757, com a seguinte redação: “*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*”.

Do que ilustram esses conceitos, ajuda ao leitor fazer uma reflexão em relação aos incisos do Art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77⁶, pois em uma contextualização do conceito de prestação de serviço, bem como o de venda de produto, ou mesmo pelo resultado auferido em conta alheia, para suportar a incidência do PIS e da COFINS sobre os prêmios de seguros, nada mais engenhoso do que se *alargar a base de cálculo* inserindo o Inciso IV, o que tem que ser contextualizado para não ser deturpado.

Toda sociedade empresária objetiva o lucro que, no caso das sociedades seguradoras, resulta essencialmente das receitas das atividades de seguros. Em alguns casos, a realização dos investimentos compulsórios pode, indiretamente, contribuir para o incremento desses lucros (assim como as receitas financeiras dos ativos livres, literalmente isentado pela SC COSIT Nº. 83). Porém, seu objetivo não é esse, mas apenas o de garantir o cumprimento das obrigações. Neste diapasão, também releva observar que a aplicação financeira dos ativos garantidores não pode apresentar risco. Trata-se de investimentos

6 - Art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
- II - o preço da prestação de serviços em geral;
- III - o resultado auferido nas operações de conta alheia;
- IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

economicamente eivados da maior segurança possível, de maneira a garantir, apenas, o retorno superior à inflação. Trata-se de evitar que os ativos garantidores percam valor frente à eventual desvalorização da moeda.

Em relação ao fato de que os ativos garantidores não podem apresentar risco, nesse sentido, sequer a Superintendência Nacional de Seguros Privados (SUSEP) atualmente aceita que as empresas de seguros privados invistam em bens imóveis como garantia de reservas ou provisões técnicas. Mas, se ainda estivesse facultando esta possibilidade que já esteve vigente, conforme parágrafo único do art. 85 do Decreto-Lei nº 73/66⁷.

Nesse ponto, interpretar que os aluguéis provenientes da locação de imóveis garantidores de reservas técnicas provêm do exercício do objeto principal de uma empresa de seguros privados implicaria admitir que uma empresa dessa espécie pudesse atuar, preponderantemente, no ramo imobiliário, desfigurando a própria natureza da atividade securitária.

Note-se que o próprio legislador excluiu da incidência do PIS/COFINS a parcela das receitas de prêmios destinada à constituição de provisões técnicas⁸, por ser clara a vinculação dos respectivos valores com o cumprimento das obrigações das seguradoras. Fazendo um racional, às receitas financeiras geradas pelos investimentos compulsórios, que não são receitas próprias das seguradoras, mas tão

7 - Art. 85. Os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados em sua previa e expressa autorização, sendo nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo. Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante simples requerimento firmado pela Sociedade Seguradora e pela SUSEP.

8 - Lei nº 9.701/98: Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, de que trata o inciso V do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, poderão efetuar as seguintes exclusões ou deduções da receita bruta operacional auferida no mês: (...) IV - no caso de empresas de seguros privados: (...) c) a parcela dos prêmios destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas.

somente receitas por elas geridas momentaneamente em nome de terceiros – segurados.

6. Do Problema. O entendimento da RFB manifestado através da Solução de Consulta nº 83 – COSIT

A RFB, por meio de solução de consulta de lavra da COSIT, assim se manifestou a respeito da questão da incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das seguradoras:

REGIME DE APURAÇÃO CUMULATIVA. SEGURADORAS. RESERVAS TÉCNICAS. RECEITAS FINANCEIRAS. As receitas financeiras auferidas a partir dos “investimentos compulsórios” efetuados com vistas à formação das chamadas “reservas técnicas”, em observância ao imposto pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, compõem a base de cálculo da COFINS em regime de apuração cumulativa. A efetivação desses investimentos normativamente compulsórios e a cotidiana administração da alocação desses recursos nas diferentes aplicações admitidas em lei consistem em atividade empresarial própria, porquanto tipificada legalmente como inerente e imperiosa ao desenvolvimento das operações que compõem o objeto social de toda e qualquer sociedade seguradora. Por essa razão, a exploração de tal atividade subsume-se ao conceito de faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida pela pessoa jurídica no exercício daquilo que representa seu objeto social. (...)

Fundamentos (...)

27. Portanto, constitui inescapável atividade das sociedades seguradoras, efetivar os investimentos legalmente compulsórios e cotidianamente administrar, respeitando os limites e os critérios de diversificação estabelecidos, a alocação desses recursos dentre as opções de aplicação expressamente relacionadas pela legislação. Isto é, é inegável que a efetivação desses investimentos e a cotidiana administração da alocação desses recursos caracterizam-se como operações empresariais próprias e, portanto, típicas das sociedades seguradoras.

28. Sendo assim, entendido o faturamento como o resultado econômico das operações empresariais típicas, como estabelece a legislação, resta nítido que as receitas decorrentes dos referidos investimentos compulsórios, sejam elas financeiras ou quaisquer outras, integram

o faturamento das sociedades seguradoras. Tais receitas compõem, pois, as bases de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS dessas sociedades, conhecidas as disposições dos Art. 2º e 3º, caput, da Lei nº 9.718, de 1998.

29. Vale observar que a efetivação dos investimentos compulsórios e a cotidiana administração da alocação destes recursos nas diferentes aplicações normativamente admitidas compõem, por expressa disposição legal, uma atividade empresarial inapelavelmente própria de qualquer sociedade seguradora, ou seja, tal atividade empresarial constitui objeto social legalmente tipificado dessas sociedades. Não haveria como se conceber, pois, que as receitas, financeiras ou não, decorrentes dessa atividade não compusessem seu faturamento, e, assim, suas bases de cálculo da COFINS e da contribuição para o PIS/Pasep. Dessa forma, incorreto dizer que apenas os prêmios de seguros componham a base de cálculo das contribuições sob análise.

30. Em contraste, caso as receitas financeiras não decorram de investimento compulsório da consulente, não integram sua receita bruta e, portanto, não sofrem a incidência das contribuições em pauta. Se a Consulente provisiona como reserva técnica valores acima do exigido por lei, não se pode dizer que tais excessos sejam compulsórios.

Diante da leitura e do que se expôs até esse trecho do trabalho, é plausível identificar que, a RFB defende a tributação com base no simples argumento de que a realização dos investimentos é compulsória e, portanto, constitui atividade empresarial própria, típica das seguradoras. Inclusive, facilita essa construção de raciocínio quando deixa claro que as demais receitas financeiras auferidas não estão sujeitas à tributação.

Trata-se de entendimento que hoje vincula a atuação dos Auditores-Fiscais do órgão, de modo que, mesmo para as seguradoras que não formularam a consulta objeto da decisão acima destacada, o não recolhimento do PIS e da COFINS apresenta risco de questionamentos e de autuação.

Importante notar que, apesar da particularidade observada pela COMPANHIA em relação à obrigatória destinação das receitas dos ativos garantidores, o risco de questionamentos e de autuação por ela enfrentado é idêntico àquele observado pelas demais seguradoras, na medida em que, segundo o Fisco, o que torna tributáveis as

receitas financeiras derivadas de tais ativos é, principalmente, a sua compulsoriedade.

Com efeito, a referida SC COSIT, pressupõe que o investimento compulsório reveste-se como sendo da atividade empresarial própria, assim abarcada pelo conceito de faturamento, entendido como receita bruta. Funda-se a seguinte questão-problema, que orienta e motiva a realização desta pesquisa: tal controvérsia sobre as receitas financeiras vinculadas aos ativos garantidores das reservas técnicas, na base das contribuições, desborda dos limites do conceito constitucional de faturamento/receita bruta, definido pelo Supremo?

Neste contexto, a pesquisa contribuirá para fomentar discussões acerca de perquirir o adequado entendimento para tomadas de decisões.

7. O entendimento do CARF

Sabe-se que a matéria é objeto de diversos litígios entre o Fisco e os contribuintes. Na esfera administrativa, a atual jurisprudência do CARF é desfavorável às seguradoras, como evidenciam as recentes decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), que é o órgão responsável por uniformizar a jurisprudência de tal tribunal, vejamos:

CARF, CSRF, 3ª Turma, acórdão nº 9303-006.236: RECEITAS FINANCEIRAS. SEGURADORAS. A declaração de inconstitucionalidade, do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, firmou o entendimento de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da empresa. As receitas financeiras integram a base de cálculo da COFINS, quando decorrentes de seus investimentos compulsórios por disposição legal, ou seja, quando originados das “reserva técnicas, fundos especiais e provisões”, “além das reservas e fundos determinados em leis especiais”, constituídos, na dicção do Decreto-Lei nº 73, de 1966, “para garantia de todas as suas obrigações”, porque integram o conjunto dos negócios ou operações desenvolvidas por essas empresas no desempenho de suas atividades econômicas peculiares. (...)

Voto

(...) No caso das seguradoras, as receitas provenientes da aplicação dos bens garantidores de provisões técnicas integram, a nosso juízo, a receita operacional da seguradora. As razões do nosso convencimento estão delineadas, em poucas linhas, no voto condutor do Acórdão nº 9303003.863, de 18/05/2016, proferido por esta mesma Turma de CSRF, relatado pelo il. Conselheiro Valcir Gassen, que assim discorreu sobre a matéria:

Em que pese o disposto no art. 73 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, que as Sociedades Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria, e que é típico e da essência das instituições financeiras a ‘coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros’ (art. 17 da Lei nº 4.595/1964), resta claro que as receitas financeiras advindas de rendimentos financeiros dos bens garantidores de provisões técnicas devem ser computadas nas bases de cálculo do PIS e da COFINS das sociedades seguradoras, pois essas receitas são oriundas do exercício das atividades empresariais das seguradoras.⁹

O entendimento que prevaleceu nos julgados da Câmara Superior dos Recursos Fiscais é aquele hoje defendido pela RFB, em que pese o esforço dos contribuintes em demonstrar que as receitas financeiras não são próprias de suas atividades.

Contudo, em levantamento recente dos acórdãos proferidos pelas turmas, abrangendo o período de 01/2018 até 04/2019, constata-se uma evolução no julgamento dos recursos voluntários, que tem dado provimento aos pleitos dos contribuintes.

No acórdão nº. 9303-006.236 foi negado provimento ao pleito da seguradora SUL AMERICA SEGURO SAUDE S.A., não houve unanimidade, venceu o voto do relator Charles Mayer de Castro Souza que entendeu que: “A declaração de inconstitucionalidade, do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, firmou o entendimento de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da empresa.”

9 - <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>

Já os acórdãos ns.º 3402-005.224, 3402-005.225 e 3402-005.226, em que figurou como parte a seguradora ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A., também foi negado provimento. Porém, o julgamento teve empate nos votos, sendo necessário o voto de qualidade, nos termos abaixo descritos:

PIS/COFINS. REGIME CUMULATIVO.
SEGURADORAS. RECEITAS FINANCEIRAS.
INVESTIMENTOS COMPULSÓRIOS. RESERVAS
TÉCNICAS. INCIDÊNCIA.

Integram a base de cálculo das contribuições de PIS/COFINS no regime cumulativo as receitas financeiras auferidas pelas seguradoras em investimentos compulsórios dos recursos das reservas técnicas, nos termos do Decreto-Lei nº 73/66. A realização desses investimentos compulsórios, tipificada como inerente ao desenvolvimento do objeto social das seguradoras, inclui-se no conceito de faturamento, assim entendido como a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial da pessoa jurídica.

A mudança do entendimento ocorreu no acórdão n.º 3301-005.183, sessão de julgamento em setembro de 2018, por maioria, a relatora SEMIRAMIS DE OLIVEIRA DURO foi vencida, considerando que a maioria na turma entendeu que:

(...) as reservas ou provisões destinam-se a investimento em ativos garantidores, como forma de proteção e resguardo do cumprimento das obrigações assumidas pela seguradora em relação aos segurados. Ainda que o investimento em ativos garantidores decorra de imposição legal, as receitas financeiras auferidas não podem ser consideradas como receita operacional, e, por conseguinte, sujeitas à incidência de COFINS. No caso das seguradoras e resseguradoras, as receitas financeiras decorrentes dos investimentos legalmente compulsórios não estão abrangidas no conceito de faturamento. A base de cálculo da COFINS para as seguradoras e resseguradoras, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim. As receitas financeiras não devem ser incluídas na base de cálculo da COFINS das empresas seguradoras e resseguradoras, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Por sua vez, pelo acórdão nº 3301-005.361, relatado pelo Conselheiro Marcelo Costa Marques de Oliveira, na sessão de julgamento de outubro de 2018, deu-se provimento por unanimidade ao pleito da seguradora AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, com a seguinte decisão:

SEGURADORAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. RECEITAS FINANCEIRAS E DE ALUGUÉIS DERIVADAS DE ATIVOS GARANTIDORES

As bases de cálculo do PIS e da COFINS das seguradoras são compostas pelo faturamento, o qual abrange tão somente as receitas derivadas das atividades típicas de seguradoras, notadamente, as receitas com prêmios de seguros. Desta forma, não se incluem no conceito de faturamento as receitas financeiras e de aluguéis, produzidas por ativos garantidores (aplicações financeiras e imóveis) das reservas técnicas.

Ocorre, porém, que o entendimento ainda não está pacificado, sendo possível encontrar julgados que ainda não chegaram a consenso dentro da turma acerca do tema, conforme visto no acórdão n.º 3302-006.551, julgado na sessão de em fevereiro de 2019 que proveu, por maioria de votos, o pleito da contribuinte, firmando a decisão abaixo:

As reservas ou provisões destinam-se a investimento em ativos garantidores, como forma de proteção e resguardo do cumprimento das obrigações assumidas pela seguradora em relação aos segurados. Ainda que o investimento em ativos garantidores decorra de imposição legal, as receitas financeiras auferidas não podem ser consideradas como receita típica decorrente do objeto social, e, por conseguinte, sujeitas à incidência de COFINS. No caso das seguradoras, as receitas financeiras decorrentes dos investimentos legalmente compulsórios não estão abrangidas no conceito de faturamento. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998. A base de cálculo da COFINS para as seguradoras e resseguradoras, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim. As receitas financeiras não devem ser incluídas na base de cálculo da COFINS das empresas seguradoras e resseguradoras, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

8. O entendimento do Judiciário

Diversas seguradoras ajuizaram ações para questionar a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras provenientes de seus ativos garantidores. No entanto, pode-se dizer que a discussão ainda é incipiente, o que é comprovado pela falta de jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e pela falta de julgados dos Tribunais Superiores.

Embora já se tenha conhecimento de sentença favorável proferida em 1ª instância, mais especificamente pela Seção Judiciária do Estado de São Paulo¹⁰, até o momento os TRFs (2ª instância) não se manifestaram a favor dos contribuintes, existindo, por outro lado, acórdãos que acataram os fundamentos da Fazenda Nacional. A título de exemplo:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE VALORES. RESERVAS TÉCNICAS. ATIVIDADE TÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.

Pacífica a jurisprudência do STF quanto à abrangência das receitas advindas das atividades típicas da empresa no conceito de

10- A título de exemplo, a sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança nº 0003315-88.2016.4.03.6100, impetrado pela Virginia Surety Companhia de Seguros do Brasil: “(...) A Lei enquadra no referido conceito, além das receitas identificadas nos incisos I a II, as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica e não toda e qualquer receita. A Impetrante tem como objeto social a exploração das operações de seguros de pessoas e de danos (conforme fl. 39), sendo tal sua atividade principal. A reserva técnica a ser mantida pela Impetrante decorre de exigência legal e destina-se a preservar a liquidez e a solvência das sociedades seguradoras. Trata-se de obrigação a que estas sociedades estão sujeitas para que possam desenvolver sua verdadeira atividade principal. Os eventuais acréscimos patrimoniais resultantes das aplicações financeiras da reserva técnica são fruto de atividade secundária, acessória das seguradoras. Igualmente as aplicações financeiras não se caracterizam como atividade principal da seguradora. Desse modo, não se inserem no conceito de receita resultante do exercício da atividade principal. (...) Desta forma, as receitas financeiras auferidas pela Impetrante não deverão compor a base de cálculo da COFINS e do PIS, independentemente de sua origem, pois não se enquadram no conceito de “receita bruta” estabelecido em Lei, já que não resultam diretamente da atividade ou objeto principal da Impetrante. (...)”

faturamento e receita bruta. 2. A aplicação financeira de valores pelas seguradoras e resseguradoras, para fim de constituição de reservas técnicas à garantia de suas obrigações, é investimento compulsório, determinado pela legislação de regência da matéria, determinado pela legislação de regência da matéria. 3. A má administração das reservas técnicas sujeita a seguradora à cessão compulsória, nos termos do Decreto 60.459/1967. 4. A aplicação financeira de valores para a manutenção de ativo garantidor não é ativo investimento discricionário, mas pelo contrário, integra apropriada atividade das seguradoras, enquanto requisito do próprio exercício empresarial, na forma em que regulamentado pelo ordenamento pátrio. 5. O estabelecimento de reserva técnica é atividade típica da seguradora (ou resseguradora), receita que se afigura de cunho operacional. Neste liame, não há identidade entre “atividade típica” e “atividade-fim”. Assim, a apelante não tem por objeto a aplicação financeira de ativos, mas por certo se trata de atividade inerente ao seu exercício empresarial. 6. Apelação desprovida.

TRF da 3ª Região, 3ª Turma, Apelação 0015344102015036100, Rel. Juíza Convocada Denise Avelar, julgado em 22/11/2017.

CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. REGIME COMULATIVO. EMPRESAS SEGURADORAS E RESSEGURADORAS. RECEITAS DECORRENTES DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS COMPULSÓRIAS DE VALORES DE RESERVAS TÉCNICAS, FUNDOS E OUTRAS PROVISÕES. São devidas as contribuições ao PIS e a COFINS, pela empresa seguradora e resseguradora, sobre receitas decorrentes das aplicações financeiras compulsórias de valores de reservas técnicas, fundos e outras provisões.” TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Apelação Cível 50483232620154047000, Rel. Des. Rômulo Pizzolatti, julgado em 27/09/2016.

9. Referencial teórico

“A definição de um conceito é a declaração do seu significado em um dado campo de investigação, uma vez que um mesmo conceito pode ter vários significados, em função de contextos distintos” (ABBAGNANO, 1970; GRECO, 2008). Dessa forma, na busca da definição de um conceito não se deve isolá-lo da realidade a qual ele pertence. É necessário antes conhecê-la.

Assim, tendo em vista que esta pesquisa busca identificar a extensão do desalinhamento entre o conceito de receita bruta com efeitos na base do PIS e da COFINS, faz-se necessário conhecer os detalhes destas contribuições e como se operacionaliza a cumulatividade.

Não é toda receita contábil que deve ser tributada, mas apenas aquelas que correspondam ao conceito de receita em sua acepção jurídica (acréscimo patrimonial).

Palavras de Aliomar Baleeiro:

Ingressos e Receitas. Nem todos os valores que entram nos cofres das empresas são receitas. Os valores que transitam pelo caixa das empresas (ou pelos cofres públicos) podem ser de duas espécies: os que configuram receitas e os que se caracterizam como meros ingressos (que, na Ciência das Finanças, recebem a designação de movimentos de fundo de caixa). Receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o. (...) Apenas os aportes que incrementam o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas.

10. Conclusão

Sob uma perspectiva mais abrangente, a discussão sobre o PIS e a COFINS das seguradoras, no que tange às receitas financeiras vinculadas a seus ativos garantidores das reservas técnicas, ainda não foi decidida em definitivo pelo STF.

O trabalho de pesquisa fez uma provocação, que cabe transcrever, a fim de discorrer sobre as conclusões perceptíveis na análise deste tema que, a verdade seja dita, é extremamente nebuloso, por trazer para seu estudo conceitos ainda não explorados pelos legisladores. Com efeito, a referida SC COSIT pressupõe que o investimento compulsório reveste-se como sendo da atividade empresarial própria, assim abarcada pelo conceito de faturamento, entendido como receita bruta. Provocou-se, nesta pesquisa, uma questão problema quanto aos limites do conceito constitucional de faturamento/receita bruta definido pelo Supremo.

De pronto, por incrível que possa parecer, mais direito pode significar menos direito. Regras muito detalhadas podem resultar em maior contencioso, porque se ampliam as possibilidades de interpretação. O significado de cada inciso, alínea ou parágrafo é

dissecado em cada caso concreto, e com possibilidades combinatórias infinitas, se levados em consideração todos os princípios que norteiam o direito tributário (capacidade contributiva, legalidade, isonomia, não discriminação, princípio federativo etc.).

O detalhamento na tributação por vezes é justificado pela complexidade da realidade que ela pretende alcançar. Assim é quase que uma notória que, quanto mais complexa a realidade, mais complexo se amolda o sistema tributário. Um grande equívoco por parte de quem respira esses ares!

No caso que se propôs estudar, quem sabe a maneira mais simples de se responder à questão apresentada, não seria uma análise profunda do *status quo* (diagnóstico), o *core business* de uma empresa de seguros. Para tanto, de pronto a recomendação seria uma interação maior com o órgão regulador, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, com a Confederação Nacional de Seguros e, porque não estreitar os conhecimentos técnicos com o próprio consultante, que nem sempre é feliz em suas argumentações, deixando margem para campos férteis tão explorados pelo fisco.

Por conseguinte, sem adentrar na discussão acerca da legitimidade de se conferir ao termo faturamento amplitude maior do que a originariamente prevista na Lei nº 9.718/98, nos moldes pretendidos pela Segunda Turma do STF e pelos agentes da RFB antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, o certo é que as receitas financeiras provenientes de ativos garantidores das reservas técnicas não constituem núcleo do objeto social das empresas de seguro privado, nem produto da sua atividade ou objeto principal, revestindo, quando muito, natureza acessória ou secundária em relação aos prêmios de seguro.

A interpretação estampada na Solução de Consulta COSIT nº 83/2017 de forma agressiva, ou no mínimo arrojada, busca, mais uma vez flexibilizar o conceito de faturamento ou receita bruta, de maneira incompatível com o sentido mais amplo outorgado ao primeiro pelo STF, a nova definição conferida à segunda pela Lei nº 12.973/2014 e a opinião manifestada por aquele próprio Órgão, quando emitiu a Nota Técnica COSIT nº 21/2006, transcrita na pág. 3 do Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, asseverando que, para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, *no caso de instituições regulamentadas pela Superintendência de Seguros Privados, não devem ser consideradas as receitas referentes às aplicações financeiras de recursos próprios.*

Nem se diga, por outro lado, que o fato de as receitas decorrentes dos ativos garantidores serem classificadas contabilmente como operacionais modificaria essa conclusão, quer porque o próprio § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF, explicitou a irrelevância da classificação contábil, para os fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, quer porque a nova definição de receita bruta introduzida pela Lei nº 12.973/2014, igualmente não leva em conta tal classificação, mas a circunstância objetiva de as receitas decorrerem do exercício da atividade ou objeto principal de uma empresa de seguro privado, que é a oferta de seguros.

Diante disso, a considerar a regra de hermenêutica jurídica¹¹ segundo a qual onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, espera-se que o Poder Judiciário venha conferir à matéria interpretação condizente com o nosso sistema normativo, reconhecendo que as receitas financeiras provenientes de ativos garantidores de reservas técnicas não devem ser incluídas na determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, mesmo após o advento da Lei nº 12.973/2014.

Tendo em vista as regras de hermenêutica jurídica, na escolha entre as diversas acepções de um determinado vocábulo, quando elas possam ter significações distintas, cabe observar que, em geral, no Direito Público se emprega de preferência a linguagem técnica no dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclina-se o hermenêuta no sentido da primeira. Ao contrário, o Direito Privado que tem origem em costumes formados por indoutos, visa disciplinar as relações entre os cidadãos, fatos ocorridos no seio do povo, o que leva a se presumir que tenha sido elaborado de modo que se adapte.

Espera-se, assim, que ao julgar tais casos (especialmente, o RE interposto pela AXA, comentado alhures como um *leading case*) o STF defina o espectro de abrangência das contribuições sociais para as sociedades seguradoras, com ênfase às receitas derivadas do pagamento de prêmios, ou seja, receitas das atividades empresariais/operacionais típicas.

11 - Hermenêutica Jurídica é a ciência de interpretação das regras jurídicas. É somente a partir deste exercício que se constrói o conteúdo de norma jurídica, uma vez que a norma, por mais clara que pareça, sempre depende da interpretação para ser aplicada (BONAVIDES, 2003).

11. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ATKINSON, Anthony A, *Optimal taxation and the direct versus indirect tax controversy*. *The Canadian Journal of Economics*, Malden, v. 10, n. 4, p. 590-606, Nov.1977.

BALEEIRO, Aliomar, *Direito tributário brasileiro*. 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2005. São Paulo

BRASIL, *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição (1998)*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02.09.2018, 17:37.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. *Conceito de insumo à luz da legislação de PIS-COFINS*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, v 6, n. 34, p. 9-30, jul/ago. 2008. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2008;1000836946>. Acesso em: 03.09.2018, 20:37.

KOCHE, José Carlos. *Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa*. 15. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Sobre conceitos, definições e constructos nas ciências administrativas*. *Gestão e Regionalidade*, São Paulo, v. 22, n. 62, jul./dez.2005. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_gestao/article/view/267. Acesso em: 06.09.2018, 18:37.

MINATELL, José Antonio. *Conteúdo do Conceito de receita e regime jurídico para sua tributação*. São Paulo: MP Editora, 2005.

Presidência da República. Decreto-Lei Nº 1.598, 1977. *Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm. Acesso em: 04.09.2018, 21:37.

Presidência da República. *Lei N° 10.637, 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da PIS/Pasep.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10637.htm. Acesso em: 07.09.2018, 16:20.

Presidência da República. *Lei N° 10.833, 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.833compilado.htm. Acesso em: 02.09.2018, 17:00.

Presidência da República. *Lei N° 6.404, Dispõe sobre as Sociedades por Ações.* Casa Civil, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em: 02.09.2018, 18:55.

Presidência da República. *Lei N° 9.718, 1998. Altera a Legislação Tributária Federal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9718compilada.htm. Acesso em: 02.09.2018, 22:40.

Presidência da República. *Lei N° 10.406, 2002. Institui o Código Civil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02.08.2019, 20:40.

Presidência da República. *Lei N° 12.973, 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm. Acesso em: 02.08.2019, 20:40.

Procuradoria Geral da Fazenda. Atos da PGFN. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/27732007>. Acesso em: 07.09.2018, 19:05.

Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta N° 83, 2017. Regime de Apuração Cumulativa. Seguradoras. Reservas Técnicas. Receitas Financeiras.* Disponível em: <https://bit.ly/2phMUo4>. Acesso em: 07.09.2018, 18:38.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações.* Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1986.

STERN, Nicholas. Optimal taxation. In EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Org.). *The new palgrave dictionary of economics*, Londres: MacMillan, 1987. V.3.

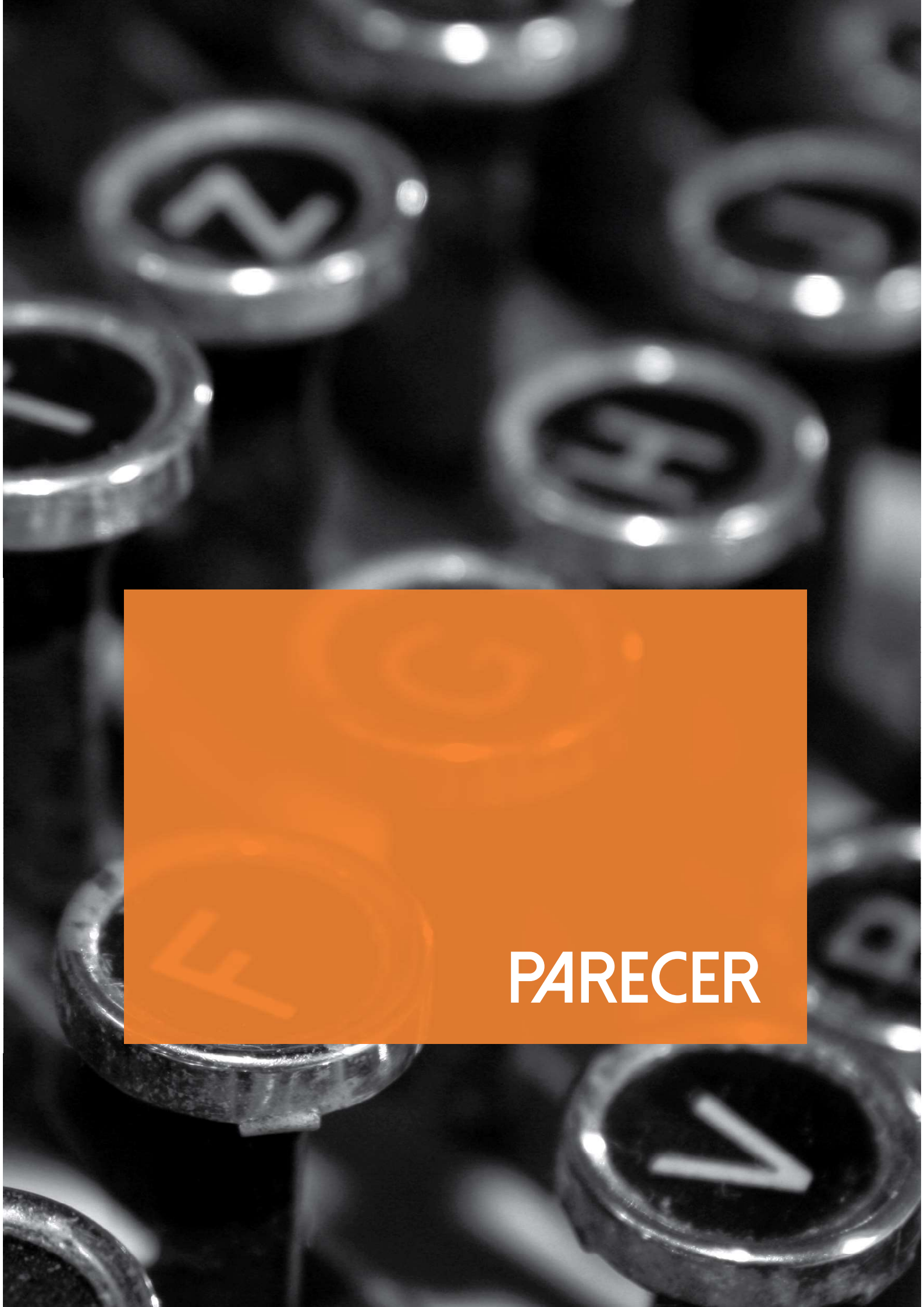
STIGLITZ, J. E. *Economics of the public sector*. New York: Norton & Company, 2000.

SUSEP – *CIRCULAR SUSEP N° 379, de 19 de dezembro de 2008*. Disponível em: <https://bit.ly/2mZT4IS>. Acesso em: 07.09.2018, 20:37.

SUSEP – *DECRETO-LEI N° 73, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966*. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/textos/Decreto-Lei%2073-6.pdf/view?searchterm=seguro%20auto>. Acesso em: 07.09.2018, 19:15.

Valor Econômico. *Legalidade, simplicidade e tributação*. Vanessa Rahal Canado; Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5772459/legalidade-simplicidade-e-tributacao>. Acesso em: 07.09.2018, 19:10.





PARECER

Estudo sobre oficinas credenciadas no mercado de seguro de automóvel no Brasil

Angélica Carlini*

Sumário: 1. Introdução. 2. A operação de seguro e seus aspectos essenciais. 3. O referenciamento de oficinas reparadoras como forma de proteção do consumidor. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema oficina credenciada é bastante relevante para o setor de seguros e, não raras vezes, é mal compreendido pelos consumidores.

Este trabalho pretende refletir sobre o credenciamento/referenciamento de oficinas reparadoras de veículos e a utilização desta estratégia comercial por seguradoras nas relações com segurados consumidores/contratantes e com terceiros.

Para efeito do presente texto, consumidores são os destinatários finais protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, nos moldes do que determina o artigo segundo desse diploma legal. E contratantes são aqueles que, não sendo definidos como consumidores e sem poder gozar da proteção do CDC, encontram guarida na proteção dispensada pelo Código Civil aos contratos, seja nos artigos 421 e seguintes, seja nos artigos específicos da matéria de seguros, alocados a partir do artigo 757 da Lei 10.406/02.

* - 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.

Protegidos por uma ou outra lei, os segurados que contratam seguro de automóvel não podem ficar expostos a práticas abusivas que desequilibrem a relação contratual, razão pela qual é tão importante compreender a prática comercial de indicar oficinas de reparo tanto para segurados como para terceiros.

Compreender a prática e sua razão de existir é o primeiro passo para analisá-la, juridicamente, tendo como pano de fundo o equilíbrio das relações contratuais e a importância do segmento de seguros no mundo contemporâneo como uma das formas de garantia da paz social.

Na sociedade contemporânea, marcada pela super utilização de tecnologia, pelo adensamento populacional nos centros urbanos, pelo risco decorrente de inúmeras atividades praticadas pelo ser humano, os contratos de seguro devem ser recepcionados para além da concepção de meros contratos comerciais destinados a garantir o lucro das sociedades seguradoras.

Na sociedade atual, em que o risco está presente diariamente em muitas atividades-fins, em que o campo da responsabilidade civil cresce, em que a complexidade é traço dominante em muitas relações sociais e comerciais, o seguro deve ser compreendido como um instituto de grande importância que precisa ser aprimorado permanentemente para que possa cumprir seu papel de instrumento de estabilidade social.

Nesse sentido é que o contrato de seguro é único e precioso, porque calcado em uma comunidade de interesses que garante o seu caráter mutual, e porque seus reflexos podem ser sentidos por toda a sociedade, mesmo entre aqueles que não tenham contribuído para a formação do fundo comum, mas que se beneficiam das indenizações quando os riscos se materializam, como ocorre com os terceiros nos seguros de responsabilidade civil.

Como instituto a ser permanentemente aprimorado e não como inimigo a ser combatido é que o contrato de seguro deve ser estudado e pensado no século XXI. A sociedade contemporânea será mais feliz e harmônica, quanto mais perfeito, for esse instituto jurídico.

2. A operação de seguros e seus aspectos primordiais

O entendimento de que o contrato de seguro é a veste jurídica

de uma atividade econômica complexa só é possível a partir do entendimento do que seja a *operação de seguros* que antecede a formação do contrato.

O contrato de seguro materializa a forma como essa operação é sistematizada, organizada, construída e calculada de forma a cumprir seu objetivo primordial, que pode ser resumido como determina o artigo 757 do Código Civil, ou seja, contrato que garante, mediante o pagamento de um prêmio, o interesse legítimo de um segurado.

Para poder garantir o interesse legítimo e expressar contratualmente essa garantia, a operação de seguro é organizada a partir de mecanismos atuariais que colocam em diálogo riscos e estatísticas para obter as probabilidades de sua ocorrência dos eventos cobertos, como consequência, os valores necessários para indenizá-los. O resultado dessa sofisticada arquitetura de dados é que vai gerar o fundo mutual, o contrato de seguro e suas cláusulas de cobertura, de exclusão e de perda de direito.

Função primeira da sociedade seguradora é organizar a operação de seguros, de modo que ela possa ser viabilizada, com a constituição de um fundo comum para o qual contribuam todos os segurados, fundo este que será administrado pela sociedade seguradora e de onde serão extraídos os valores necessários para pagamento das indenizações decorrentes de riscos materializados ao longo do período de duração do contrato.

A segunda função mais importante da seguradora é administrar tecnicamente o fundo comum, seja realizando aplicações financeiras que o protejam da inflação e permitam rentabilidade, seja impedindo que sejam efetuados gastos ou indenizações que sejam indevidos. Todo pagamento indevido causa impacto no fundo comum e pode torná-lo vulnerável e fragilizado, o que colocaria em risco todos os segurados que contribuíram para a formação desse fundo.

Organizar e administrar o fundo comum são as principais tarefas das sociedades seguradoras. Por elas, a seguradora responde no âmbito civil, penal e administrativo. A essência de sua atividade está nessas duas funções que, se praticadas de forma indevida, geram prejuízos a toda a coletividade de segurados.

O artigo 84 do Decreto-Lei 73/66 determina que as sociedades seguradoras constituam, para garantia de todas as suas obrigações,

reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, além das reservas e fundos determinados em leis especiais. E o artigo 110 do mesmo Decreto define que constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações assumidas pelas sociedades seguradoras.

Em outras palavras, a falta de reservas em quantidade que efetivamente garanta o pagamento dos riscos materializados pode sujeitar a sociedade seguradora a sanções administrativas da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, órgão integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados ao qual compete regular e fiscalizar a atividade securitária. E pode, igualmente, sujeitá-la a sanções de ordem penal, conforme determina o Decreto-Lei 73/66, de 1966.

Para garantir que as reservas não serão indevidamente atingidas, a seguradora avoca para si a responsabilidade pela regulação do sinistro, ou seja, é ela que deve mensurar a causa e a extensão dos danos causados por um determinado evento.

Para isso, a sociedade seguradora deve analisar rigorosamente se o evento danoso é resultante de um risco predeterminado no contrato de seguro, e em seguida avaliar técnica e objetivamente como o interesse legítimo do segurado foi ferido e pode ser recomposto.

Tzirulnik, em sua obra Estudos de Direito do Seguro - Regulação de Sinistro - Ensaio Jurídico — Seguro e Fraude, afirma que:

(...) sinistro é somente aquele evento danoso para o interesse assegurado que corresponde à realização do risco tal como previsto na relação obrigacional securitária. Se há sinistro será devida a prestação indenizatória, salvo circunstâncias prejudiciais (v.g. descumprimento de deveres pelo segurado, como o não pagamento do prêmio vencido).

(...)

Assim é que a atividade de regulação de sinistro compreende, antes de mais nada, o cotejo do fato ou evento noticiado com o risco assegurado e demais estipulações contratuais. Se o resultado da

operação for positivo, isto é, houver identidade, ainda que parcial entre o fato e o risco garantido pelo segurador, então haverá sinistro.

(..)

Dependerá da imediata ação regulatória, sempre que possível, identificar se o aviso do evento feito à seguradora efetivamente, potencializa-se como sinistro pois, caso positivo, deve ser considerado para efeito de comprometimento de ativos vinculados para reserva de sinistro a liquidar e, na hipótese contrária, não haverá despesa de ativos. Ainda neste particular poderá a intervenção imediata da regulação calibrar o montante do prejuízo em expectativa. (1999, 66-67).

Assim, quando regula o sinistro avisado pelo segurado, a sociedade seguradora está também protegendo o fundo comum que lhe compete administrar. Identificadas as causas da materialização do risco serão elas submetidas ao crivo de análise de se tratar de um risco predeterminado, expressamente previsto no contrato de seguro firmado entre as partes. Confirmado, que é a causa decorrente de um risco predeterminado, é preciso aferir tecnicamente a extensão do dano e sua mensuração em pecúnia, para que possa ser feito o pagamento da indenização ao segurado ou àquele que tem o direito contratual de receber os valores devidos.

Pagamentos indevidamente feitos a título de indenização prejudicam o fundo comum, a mutualidade, os interesses transindividuais. Pagamentos que deveriam ser feitos e não são prejudicam os segurados individualmente considerados, mas também prejudicam a sociedade porque abalam a credibilidade no instituto de seguro, geram insegurança social e econômica.

Por isso é que a regulação de sinistro realizada aos milhares todos os dias em todo o mundo, pode ser considerada como o momento culminante da operação de seguro, momento de grande importância em toda a complexa operação que o seguro personifica.

Dado o caráter técnico da mensuração da extensão do dano as sociedades seguradoras utilizam profissionais de várias áreas do saber que com seu conhecimento científico contribuem para a regulação do sinistro. São profissionais de engenharia, medicina, direito, meio-ambiente, odontologia, economia, administração, contabilidade, matemática, transporte, química, física, biologia, meteorologia, entre

outras inúmeras áreas do conhecimento. São esses profissionais que a partir de sua análise técnica vão elaborar os laudos e avaliações que darão suporte às decisões das sociedades seguradoras, ao mesmo tempo em que permitirão que os interesses legítimos dos segurados fiquem garantidos.

A sociedade seguradora tem a obrigação de garantir o interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados e, por isso, deve efetuar o pagamento de todos os procedimentos necessários para atender contratualmente o segurado. Porém, é importante que se diga, a seguradora não tem condições de realizar nenhum dos reparos necessários porque não tem competência técnica para isso.

Para garantir que os riscos predeterminados assumidos no contrato sejam efetivamente garantidos aos segurados, as sociedades seguradoras pesquisam inúmeros profissionais, avaliam sua competência técnica e criam uma relação de referenciados ou indicados para a realização de determinados serviços. Isso acontece comumente nos seguros saúde em que o segurado tem acesso a uma rede referenciada de hospitais, laboratórios e profissionais das mais diversas áreas da medicina.

Existem modalidades de seguros saúde em que o segurado pode escolher livremente sem utilizar a rede referenciada pela sociedade seguradora. Mas a forma de utilização de serviços de assistência à saúde privada mais utilizada no Brasil são de rede referenciada no seguro e credenciada nos planos de saúde, ou seja, que indicam para o segurado quais os profissionais e instituições médicas que ele pode utilizar.

Assim, o referenciamento de profissionais é utilizado como estratégia de viabilização do cumprimento da obrigação de garantia da sociedade seguradora. Em tese, o referenciamento de serviços é parte integrante da função da seguradora de administrar o fundo comum, permitindo que os recursos sacados para indenizar os segurados sejam utilizados com boa técnica e eficiência, e que o interesse legítimo do segurado seja totalmente atendido.

Em outras palavras, é dever da sociedade seguradora, em defesa de todos os segurados e não apenas daquele que teve o risco materializado, garantir que só sejam utilizados do fundo comum os recursos efetivamente necessários para indenizar a correta extensão dos danos. Para isso a sociedade seguradora deve utilizar todos os recursos lícitos, inclusive proteger o segurado contra profissionais que

não tenham condições técnicas de realizar com eficiência e boa-fé os reparos necessários para corrigir ou diminuir os danos que o risco materializado tenha causado.

A conclusão da regulação do sinistro ocorre quando o interesse legítimo do segurado pelo risco predeterminado está totalmente reparado. O risco materializado já não causa mais nenhum dano ao interesse legítimo, foi minimizado ou totalmente eliminado pela ação da sociedade seguradora, e nos exatos termos previstos no contrato.

Nesse momento a operação de seguro que os contratos materializam cumpre seu papel maior porque, ao contemplar o interesse individual de um segurado, pessoa física ou jurídica, contempla igualmente o interesse de toda a sociedade que deseja ver seus membros protegidos dos mais diversos riscos aos quais estão expostos.

3. O referenciamento de oficinas reparadoras como forma de proteção do consumidor

A reflexão que ora se constrói propõe a análise de dois aspectos:

a) a razão do referenciamento de oficinas por parte das sociedades seguradoras; e,

b) a liberdade do segurado na escolha e mitigação da vulnerabilidade.

Referenciar outros prestadores de serviço nas diferentes áreas do conhecimento é papel fundamental das sociedades seguradoras na regulação de sinistro, conforme salientado no item 02 deste trabalho.

Durante a fase de regulação de um risco materializado, ou seja, de um sinistro para utilizar a linguagem técnica de seguros, compete às sociedades seguradoras avaliar a *natureza do dano*, se ele é efetivamente decorrente de um risco predeterminado previsto no contrato; e a *extensão do dano*, normalmente consubstanciado no valor necessário para a reparação do bem sinistrado.

Nos seguros de automóvel, ocorrido o sinistro e sendo este comunicado à sociedade seguradora, deverá ela imediatamente certificar-se de que o risco materializado está no elenco de riscos predeterminados previstos no contrato de seguro. Superada essa verificação compete à sociedade seguradora mensurar a extensão dos danos e os valores necessários para reparar esses danos.

Assim, se ocorreu uma colisão com uma árvore, por exemplo, e o condutor não tiver agido de forma dolosa, mas, apenas e tão somente culposa, o risco estará entre aqueles predeterminados no contrato. Cabe então mensurar quais os danos decorrentes da colisão e quantificar os valores necessários para que se possa reparar o veículo e permitir que retorne ao estado em que se encontrava antes da colisão.

O terceiro passo do processo de regulação de sinistro consiste em *viabilizar que os reparos ocorram com qualidade e em um tempo razoável*, de sorte a não trazer mais prejuízos ao contratante ou consumidor.

Não basta, portanto, que se chegue ao valor necessário para a indenização: é preciso também *garantir que os reparos sejam realizados com qualidade e que o segurado tenha seu interesse legítimo devidamente protegido*.

Ao mensurar a extensão do dano em sinistros amparados por contrato de seguro de automóvel durante a fase de regulação de sinistro, as sociedades seguradoras determinam que partes do bem prejudicado deverão ser reparadas, quais as peças que deverão ser substituídas e quais poderão ser reparadas e recolocadas no veículo, por exemplo.

Essa mensuração da extensão dos danos é papel das sociedades seguradoras, derivado do seu dever fundamental de administrar o fundo comum, impedindo que ele sofra perdas indevidas que repercutirão para todos os demais participantes do grupo, inclusive majorando sensivelmente os valores de prêmio de seguro a serem pagos em período subsequente de contratação.

Quem mensura extensão de danos e por vezes limita substituição de peças e componentes do veículo *assume, subsidiariamente, a responsabilidade pelos serviços realizados*.

Essa conclusão é resultado da interpretação sistemática e axiológica que o parágrafo único do artigo 69 do Código de Defesa do Consumidor permite. Determina o mencionado parágrafo que: *“Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”*

Analísado o parágrafo único do artigo 6º de forma integrada com os artigos 18 e 19, *caput*, artigo 25 parágrafos primeiro e segundo e artigo 34, todos do Código de Defesa do Consumidor, é possível concluir que *as sociedades seguradoras no momento que fixam a extensão dos*

danos e autorizam a efetivação de serviços de reparo que serão por ela custeados, e assumem a responsabilidade solidária prevista na lei consumerista pela prestação do serviço.

Em razão da solidariedade, as oficinas referenciadas devem atender a critérios de qualidade e eficiência propostos pelas sociedades seguradoras e, para isso, são visitadas por técnicos em reparos automotivos que avaliam as condições de trabalho apresentadas. Além disso, comprometem-se a manter padrões de qualidade, eficiência e segurança sob pena de deixarem de ser referenciadas pelas seguradoras.

Os critérios para escolha de oficinas são eminentemente técnicos, mas sem dúvida existem também componentes de ordem mercadológica que precisam ser considerados.

Ao ser referenciada por uma sociedade seguradora a oficina adquire a expectativa de receber significativa quantidade de serviços, com regularidade e de forma sistemática. Também adquire a expectativa de construir uma relação comercial que permita práticas que não seriam possíveis para clientes com atendimento esporádico, tal como, por exemplo, melhor precificação do valor da hora-trabalhada ou, prioridade no atendimento dos casos encaminhados pela sociedade seguradora com redução do tempo do veículo na oficina, ou, ainda, atendimento de requisitos de qualidade e eficiência mais minuciosos exigidos pelo parceiro regular.

Essa relação comercial e técnica mais fortalecida, que se estabelece entre aquele que seleciona e referencia e aquele que é selecionado e referenciado, é fruto de relações próprias de mercado; relações que, como se sabe, tem natureza econômica mas não se limitam a esta dimensão, alcançando também aspectos de direito, de política e de ética.

Nesse sentido, Perlingieri afirma:

Mercado e iniciativa econômica privada, colocados no sistema sócio-normativo historicamente determinado, são noções não apenas de forte valor jurídico, mas também ideologicamente emblemáticas.

As perspectivas são multiformes e antagonistas: mercado como garantia ou negação da liberdade, lugar dos méritos pessoais ou ocasiões de sorte e de risco, fator de subjetividade ou de homologação, rede de cooperação ou arena conflitual. E inegável, além disso, que

o desenvolvimento histórico do mercado, na grande variedade de suas formas, colocou em evidência a progressiva necessidade de direção ética e jurídica da vida econômica. (O Direito Civil na Legalidade Constitucional, 2008, p. 500)

O mercado é, portanto, o espaço privilegiado da atividade econômica na sociedade contemporânea, mas que não se limita ao econômico, incluindo aspectos éticos e jurídicos que se impõem pela própria natureza da atividade econômica e de sua repercussão na vida dos seres sociais, na proteção ou no ultraje da dignidade das pessoas humanas destinatárias dessa atividade econômica,

A construção de parceria entre os agentes que realizam negócios de forma reiterada e sistemática pode e deve alcançar parte dessa dimensão ética e jurídica e, apresentar traços de moralidade fortalecidos pela confiança e parceria que relações contínuas costumam propiciar.

Em princípio, portanto, não há nada condenável, seja no âmbito empresarial ou no aspecto de defesa do consumidor, no fato de agentes econômicos fortalecerem laços de parceria e trabalho conjunto, sempre que respeitados os aspectos éticos e jurídicos dessas parcerias e, em consequência, respeitados os direitos do consumidor.

No aspecto jurídico, as parcerias entre sociedades seguradoras e oficinas referenciadas estão garantidas pela proteção do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil brasileiro, leis nascidas sobre a égide de uma nova ordem jurídica instaurada a partir da Constituição Federal de 1988, com marcante dimensão protecionista da dignidade da pessoa humana em todos os seus múltiplos aspectos.

Ao indicar uma oficina referenciada a sociedade seguradora assume, imediatamente, a responsabilidade solidária sobre a qualidade e eficiência dos serviços prestados. Mas isso não é tudo. Ao indicar ao consumidor que utilize os serviços de uma oficina mecânica referenciada, a sociedade seguradora contribui para *mitigar a vulnerabilidade do consumidor*.

Para minimizar essa responsabilidade assumida automaticamente a partir da indicação de uma oficina referenciada, as sociedades seguradoras são criteriosas na escolha de seus referenciados, realizando visitas prévias para análise dos equipamentos e do pessoal técnico, do tempo médio de serviço, da precificação praticada, dos fornecedores de peças e equipamentos, entre outros itens avaliados previamente à escolha.

Os parâmetros de avaliação que as sociedades seguradoras utilizam não são aleatórios. Ao contrário, são fruto de orientação e pesquisas realizadas pelo CESVI BRASIL, Centro de Experimentação e Segurança Viária, que é o único centro de pesquisa do país dedicado ao estudo da reparação automotiva, tendo sido ainda o primeiro da América Latina. O CESVI é membro do RCAR (Research Council for Automobile Repair), um conselho internacional que reúne 26 centros de pesquisa em reparação e segurança viária em todo o mundo.

Os objetivos do Centro de Experimentação e Segurança Viária - CESVI BRASIL são estudar, avaliar e oferecer soluções para os trabalhos de reparação automotiva e contribuir para a prevenção de acidentes automotivos. Para isso, realiza pesquisas, treinamento e publicações técnicas.

Infelizmente, nem sempre as oficinas reparadoras conseguem atender a esses parâmetros de qualidade técnica, ficando desse modo impedidas de serem relacionadas como referenciadas de sociedades seguradoras.

De outro lado, é essencial que as sociedades seguradoras sejam rigorosamente técnicas em sua avaliação para ingresso de oficinas em sua rede referenciada, porque com isso garantem maior respeito e segurança aos consumidores que forem utilizar os serviços dessas oficinas.

O aumento de gastos com reparação de veículos repercute na experiência anual do fundo comum, e impacta as reservas que a sociedade seguradora precisa manter por força de lei. Dessa forma, quanto mais o fundo comum for utilizado, maior será a necessidade de compensá-lo com o aumento de entrada de capital que virá exclusivamente do pagamento de prêmios de seguro feito pelos próprios segurados.

Quanto mais caros forem os reparos, maior será a necessidade de utilizar o fundo comum e, conseqüentemente, de recompô-lo. Quanto mais ele for utilizado com eficiência, mais benefício terá o consumidor que contará com serviços de qualidade a preços justos.

Assim, o referenciamento de oficinas reparadoras não apenas contribui para a melhoria do mercado de reparação de veículos, porque incentiva a constante melhoria de pessoal e de equipamentos utilizados, como também é benéfica para o consumidor, que tem

sua vulnerabilidade mitigada e, ao mesmo tempo, ganha a parceria das sociedades seguradoras no momento de escolher quem fará os reparos de seu veículo.

Apesar de todos os argumentos expostos, que justificam o referenciamento de oficinas reparadoras pelas seguradoras, é imprescindível que se garanta ao segurado e ao terceiro a liberdade de escolha.

As seguradoras poderão criar mecanismos para tornar mais atraente a opção pelo referenciamento, porque essa opção é aquela que melhor se adequa às suas necessidades de administração do fundo mutual. Porém, em nenhuma hipótese o segurado poderá ser compelido a utilizar as oficinas referenciadas pelas seguradoras.

No Brasil contemporâneo os segurados dispõem de muitos recursos para se defender de imposições que lhe sejam feitas pelos fornecedores, algumas das quais têm início na própria empresa, como acontece com as reclamações direcionadas aos SAC's (Serviços de Atendimento ao Cliente) e às Ouvidorias, obrigatórias para o setor de seguros.

Além disso, os segurados podem contar com os préstimos dos PROCONs, do Consumidor.Gov, das organizações não-governamentais, além das Defensorias Públicas, dos Juizados Especiais e das Varas Cíveis do Poder Judiciário.

A experiência contemporânea do setor de seguros privados no Brasil aponta que os conflitos entre segurados e seguradoras na área de oficinas referenciadas é pontual, ocorre em poucas oportunidades e, quase sempre, é solucionado sem necessidade de acesso ao Judiciário.

4. Conclusão

Os seguros de automóvel são hoje uma necessidade de tantos quantos possuem veículos e deles se utilizam cotidianamente, para as mais variadas atividades profissionais e pessoais.

Contratar um seguro de automóvel é medida de proteção ao próprio consumidor e para terceiros porque, habitualmente, com a contratação do seguro de automóvel também se contrata o seguro de responsabilidade civil facultativa de veículos, que protege os terceiros nos acidentes causados por segurados.

Há evidente função social nos contratos de seguro em geral, e essa importância social avulta-se quando se trata de seguros de automóvel, até por isso um dos ramos mais praticados no país.

Ao longo dos tempos, as sociedades seguradoras fundadas em suas experiências foram criando mecanismos científicos e técnicos para tornar a operação de seguro cada vez mais confiável, cada vez mais segura para todos aqueles que para ela contribuem e para a sociedade como um todo.

Assim, criaram os bônus como desconto para os que não provocam ou não se envolvem em sinistros ano após ano. Criaram a precificação calculada a partir da análise das respostas de um questionário, por meio do qual se afere as principais características de utilização do veículo por parte do segurado e dos condutores por ele autorizados. Esses mecanismos, próprios da livre iniciativa e da livre concorrência, visam permitir que a relação de consumo seja mais equilibrada e, em consequência, viabilizam a prestação de serviços a preços mais adequados para as diferentes realidades de cada consumidor.

A análise do trabalho das oficinas reparadoras e a consequente elaboração de uma rede de oficinas referenciadas é mais uma estratégia do mercado de seguros brasileiro, para garantir a excelência de serviços por preços que não impactem a precificação de prêmios de seguro e nem coloquem em risco o fundo mutual.

Essa intrincada equação tem elementos de matemática, atuarial, estatísticas e probabilidades, mas tem também fundamentos éticos importantes que não podem ser desconsiderados.

Assim, a proposta desta reflexão é que as sociedades seguradoras possam operar com redes referenciadas de empresas reparadoras de veículos, que isso seja amplamente informado ao segurado inclusive no clausulado do contrato de seguro, e que o segurado tenha dados suficientes que lhe permitam escolher aquilo que entende mais adequado para suas necessidades.

Prestar serviços diferenciados é positivo para todos os segmentos econômicos de mercado. A competição e a diversidade geradas são fundamentais para que os consumidores tenham mais escolhas, e possam adequar suas necessidades e possibilidades àquela que lhes pareça melhor.

Coibir o exercício dessas escolhas é condenar o consumidor brasileiro a uma situação incompatível com as necessidades que se colocam para todos neste século XXI. A liberdade de escolha do consumidor é um pressuposto constitucional e deve ser sempre respeitada. Porém, liberdade maior é aquela que deriva do conhecimento para realizar escolhas certas. Como nem todos podem realizar escolhas certas quando se trata da qualidade de serviços automotivos, as seguradoras se organizam para indicar oficinas referenciadas e assumem a responsabilidade por suas indicações.

Esse referenciamento não pode diminuir a liberdade de escolha e, ao contrário, deve ser confiável a ponto de ser, ele próprio, uma escolha consciente do consumidor contemporâneo.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. 2ª edição, S.Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. in GRINOVER, Ada Pellegrini et al Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 82 edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANCLINI, Nestor. Consumidores e Cidadãos. R. de Janeiro: UFRJ, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª edição, S.Paulo: Revista dos Tribunais.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor, 2ª edição, S.Paulo: Saraiva, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. S.Paulo: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª edição, S.Paulo: Malheiros, 1999.

TZIRULNIK, Ernesto. Estudos de Direito do Seguro - Regulação de Sinistro - Ensaio Jurídico - Seguro e Fraude. S.Paulo: Max Limonad, 1999.

20:05 CI 642 Taipei
20:05 A 895 Singapore
20:10 Z 7431 Medan Est 20:00
20:15 O 304 Beijing
20:25 J 846 ShanghaiPVG
20:30 K 696 Singapore
20:30 E 897A Brisbane
20:35 R 2965 Singapore Est 21:15
20:40 Z 3090 Nanning
20:40 A 869 Ho Chi Minh
20:40 O 192 Taichung
20:45 Mumbai
20:45 Xiamen
20:45 G 607 Bangkok
20:50 D 3862 Bangkok
20:55 Guangzhou
20:55 Sydney
21:00 Taipei
21:00 Taipei
21:00 Kuala Lumpur
21:00 Auckland

21:10 ShanghaiPVG
21:20 ShanghaiPVG
21:25 Hangzhou
21:30 Taipei
21:30 Sydney Cancelled
21:40 Kaohsiung
21:40 Clark
21:40 Xiamen
21:50 Manila
21:50 Manila
21:55 Manila
21:55 Kaohsiung
22:00 Manila
22:10 Bangkok
22:15 Taipei
22:15 Tel Aviv
22:20 Taipei
22:25
22:25
22:40
22:45
22:45
22:45
22:50



23:00 Amsterdam
23:05 Paris

23:05 Istanbul
23:15 LondonLHR
23:15 Zurich
23:25 LondonLHR
23:30 Munich

23:35 Adelaide
23:40 Cairns
Brisbane
23:40 Los Angeles
23:45 LondonLHR
23:45 Paris
23:45 Johannesburg
23:50 Johannesburg

23:55 Sydney
23:55 LondonLHR
23:55 Frankfurt
00:05 Rome

00:15 Athens
00:25
00:30
00:30

20:05 CI 642 Taipei
20:05 A 885 Singapore
20:10 Z 7431 Medan
20:15 O 304 Beijing
20:25 J 846 ShanghaiPVG
20:30 K 686 Singapore
20:30 B 777 Brisbane
20:35 R 2865 Singapore
20:40 Z 3080 Nanning
20:40 A 889 Ho Chi Minh
20:40 O 192 Taichung
20:45 M 887 Mumbai
20:45 7812 Xiamen
20:45 G 607 Bangkok
20:50 D 3862 Bangkok
20:55 A 100 Guangzhou
20:55 Y 420 Sydney
21:00 R 858 Taipei
21:00 A 408 Taipei
21:05 K 079 Kuala Lumpur
21:05 X 107 Auckland
Est 20
Est 21
Est 20

INTERNACIONAL

O impacto do RGPD no mercado segurador português

Luís Poças*

Quem é que, assim, oculto pela noite,

Descobre o meu segredo?

William Shakespeare, Romeu e Julieta, Ato II, Cena II

Resumo: O problema que, por suas gravíssimas consequências, mais tem consternado o mercado segurador português em matéria de implementação do RGPD, consiste no facto de o Regulamento ter deixado aparentemente por regular a fonte de licitude do tratamento de dados de saúde, pelo segurador, indispensável à formação e execução de contratos de seguro. O presente estudo analisa este problema, discute e propõe soluções normativas no quadro do próprio Regulamento, e comenta a intervenção do legislador português na Lei de execução.

Abstract: The problem that, for its very serious consequences, has most upset the Portuguese insurance market regarding the implementation of the GDPR, is that the Regulation has apparently failed to determine the lawful source of health data processing, by the insurer, which is indispensable for the performance of insurance contracts. The present study analyzes this problem, discusses and proposes normative solutions within the framework of the Regulation itself, and comments on the intervention of the Portuguese legislator in the GDPR's Implementing Law.

Palavras-chave: Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD); privacidade; proteção de dados pessoais; dados de saúde; fontes de licitude do tratamento; consentimento; proteção social.

Keywords: General Data Protection Regulation (GDPR); privacy; personal data protection; data concerning health; lawfulness of processing; consent; social protection.

*Doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Diretor Jurídico, de Compliance e de Recursos Humanos da Una Seguros. Vice-Presidente da AIDA-Portugal (Associação Internacional de Direitos dos Seguros). Investigador Doutoramento Integrado do DINAMIA'CET (ISCTE-IUL).

Sumário: 1. Introdução; 2. Coordenadas relevantes do RGPD; 3. A equação do problema jurídico; 3.1. As fontes de licitude do tratamento de dados; 3.2. A necessidade de tratamento de dados de saúde por seguradores; 3.3. A extensão do problema; 4. O paradigma do consentimento e a sua insuficiência; 5. A fonte de licitude do art. 6.º/1/b) como consentimento presumido; 6. Os seguros obrigatórios; 7. Os seguros facultativos; 8. A solução de intervenção legislativa nacional; 8.1. A necessidade de atuação do legislador; 8.2. Uma oportunidade perdida; 9. Conclusões; 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

I – A entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 –, entre as múltiplas implicações e problemáticas que veio suscitar, trouxe consigo um problema que tem vindo especialmente a preocupar, acima dos demais, o setor segurador português: o da licitude do tratamento de dados de saúde por seguradores.

O presente texto tem precisamente por objeto o referido problema central, a saber, o da ausência de uma fonte de licitude, expressa e clara, para o tratamento de dados pessoais de saúde no âmbito da formação e execução de contratos de seguro (sobretudo, dos seguros de pessoas), por seguradores.

II – Já durante a vigência da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais – LPD), a questão nos suscitava apreensões, de que oportunamente demos conta¹. Entretanto, a aprovação do RGPD conferiu atualidade ao tema, que temos seguido de perto². Neste contexto, temos vindo a dar eco dessa preocupação cimeira do setor segurador português, quer em dois textos que consagramos ao tema³, quer em diversas intervenções públicas⁴.

1 - Cfr. Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 731-781 e, em especial, 843-877.

2 - Primeiro, como Coordenador do grupo de Trabalho *Compliance*, da Comissão Técnica de Conduta de Mercado da Associação Portuguesa de Seguradores – APS – e, posteriormente, como Presidente dessa Comissão Técnica.

3 - Luís Poças, “O RGPD e os Seguros”, *Revista APS*, n.º 2 (nov. 2018), pp. 42-44; e Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *Banca Bolsa e Seguros*, n.º 3 / 2018, pp. 217-302.

4 - Sobre o tema, proferimos as seguintes comunicações: “Problemas e

Não obstante, é relativamente pobre o estado da arte nesta matéria. Dos poucos estudos disponíveis em outros países europeus é pouco ou nenhum o enfoque no problema referido⁵. Também em Portugal não encontramos, em regra, nos escassos textos que afloram o reflexo do RGPD na atividade seguradora, referências à mencionada questão⁶.

III – Neste escrito, começamos por enquadrar o tema no contexto legal vigente, passando a equacionar, em maior detalhe, nas suas várias vertentes, o problema jurídico suscitado. No momento seguinte, dando conta da ineptidão do consentimento para legitimar o tratamento de dados de saúde por seguradores, será tempo para analisarmos e discutirmos as diversas vias de solução normativa para tal problema no quadro do próprio RGPD, terminando depois com um ponto de situação atualizado, em função da Lei de execução nacional, e com as incontornáveis conclusões.

2. Coordenadas relevantes do RGPD

I – O *direito à privacidade e o próprio direito à autodeterminação de informação* encontram-se consagrados, quer no Direito da UE, quer no próprio Direito interno português.

dilemas do setor segurador” (comunicação no Colóquio *Seguros, Seguradoras e o Novo Regulamento de Proteção de Dados*, Coimbra, Instituto Jurídico e Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 14/04/2018); “O RGPD e o tratamento de dados de saúde” (comunicação no Módulo “Tratamento de Dados Pessoais” do *Ciclo de Formação de Seguros de Saúde*, Lisboa, Associação Portuguesa de Seguradores – 29/10/2018; “Os dilemas da atividade seguradora e o RGPD” (comunicação na Conferência 6 Meses de RGPD – *Desafios da Aplicação Prática*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa – 12/12/2018); e “A licitude do tratamento de dados de saúde por seguradores” (comunicação na Conferência *Um Ano de Vigência do RGPD: Desafios, Oportunidades e Perspetivas*, Lisboa, CEDIS / Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa – 29/05/2019).

5 - Cfr., por exemplo, Jean-François Henrotte e Fanny Coton, “L’impact du R.G.P.D. dans le secteur des assurances: Comment s’y conformer?”, *Forum de l’Assurance*, n.º 185 (juin 2018), pp. 107-111.

6 - Uma exceção a este panorama encontra-se em Filipe Albuquerque Matos, “O Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (2016/679) no contexto dos desafios da atividade seguradora: O caso particular dos seguros de saúde”, *Banca Bolsa e Seguros*, n.º 3 / 2018, pp. 51-121.

Neste contexto normativo, o RGPD é um ato legislativo da UE que visa a regular uniformemente, entre os Estados-Membros, o tratamento de dados pessoais e a circulação dos mesmos. O Regulamento tornou-se aplicável em 25 de maio de 2018, tendo revogado, nesta data, a Diretiva que anteriormente disciplinava a matéria (a n.º 95/46/CE, transposta para o Direito português pela referida LPD)⁷.

II - Face à Diretiva pretérita, verifica-se com o RGPD uma extensão dos direitos dos titulares de dados (*empowerment*)⁸, o alargamento dos deveres do responsável pelo tratamento e o reforço dos poderes das autoridades de controlo, com um aumento exponencial do limite das coimas aplicáveis⁹.

Entre as noções-chave do RGPD, conta-se, com um âmbito amplíssimo¹⁰, a de *dados pessoais*, correspondentes a *qualquer* «informação relativa a uma pessoa singular identificada ou

7 - Cfr., sobre a história do processo político e legislativo na origem do RGPD, Jorge Barros Mendes, “O novo regulamento de proteção de dados: as principais alterações”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC)*, n.º 89 (março 2017), pp. 12 ss.

8 - Elena Gil González, *Big Data, Privacidad y Protección de Datos*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2016, pp. 140 ss.; Javier Puyol Montero, “Los principios del derecho a la protección de datos”, in José Luis Piñar Mañas (Dir.); María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo (Coord.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*, Madrid, Editorial Reus, 2016, p. 138; María Álvarez Caro, “El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, in José Luis Piñar Mañas (Dir.); María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo (Coord.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*, Madrid, Editorial Reus, 2016, pp. 227-228. Dando também nota do papel central consagrado aos titulares dos dados na arquitetura do sistema RGPD, cfr. Mário Frota, “Dados pessoais – ‘Quem os tem, chama-lhes seus’... Ou a salvaguarda de um património sensível em ordem à reserva da tutela da vida privada?”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 89 (março 2017), p. 8.

9 - Charles-Albert van Oldeneel, “Protection des données: le GDPR applicable depuis de 25 mai 2018!”, *Bulletin des Assurances*, n.º 403-2 (2018), p. 287.

10 - Sobre o sentido e alcance da definição, cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, “Dados pessoais: conceito, extensão e limites”, *Revista de Direito Civil*, Ano III (2018), n.º 2, pp. 297-321.

identificável (“titular dos dados”)» (alínea 1) do art. 4.º)¹¹. São particularmente merecedoras de uma tutela mais rigorosa certas categorias especiais de dados pessoais: os «que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como [...] dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, *dados relativos à saúde* ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa» (n.º 1 do art. 9.º).

Outra noção-chave, também de larga amplitude – cobrindo, virtualmente, *qualquer* contacto com dados pessoais alheios –, é a de *tratamento de dados*, que consiste numa «operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição» (alínea 2) do art. 4.º do RGPD).

III – A privacidade é protegida pelo RGPD através de múltiplas medidas. Quanto ao essencial, a regulação do tratamento de dados, no quadro do RGPD, segue uma lógica relativamente simples, que se traduz nos seguintes elementos: (i) *os titulares dos dados pessoais* são as pessoas singulares a quem eles concernem, sendo-lhes legalmente assegurado um amplo leque de direitos sobre esses dados; (ii) os dados pessoais são confiados pelos respetivos titulares, para efeito de tratamento, a entidades (chamadas *responsáveis pelo tratamento*), mas apenas para as finalidades que as mesmas tenham determinado e das quais tenham informado os titulares¹²; (iii) mesmo com estas limitações, os dados pessoais só podem ser lícitamente tratados pelo *responsável pelo tratamento* se existir um fundamento legal – de acordo com uma enumeração taxativa de *fontes de licitude*, em função das

11 - Acrescenta o preceito que «é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular».

12 - Cfr. alínea b) do n.º 1 do art. 5.º do RGPD.

finalidades em causa, estabelecida pelo RGPD – que legitime esse tratamento¹³; (iv) o responsável pelo tratamento pode subcontratá-lo noutras entidades (entidades “subcontratantes”) que farão o tratamento por conta e sob a responsabilidade daquele.

IV – Como referimos, o problema central que nos ocupa – e preocupa – refere-se ao tratamento de dados de saúde que, como referimos já também, são considerados uma categoria especial de dados pessoais, merecendo tutela legal reforçada.

Ora, define a alínea 15) do art. 4.º do RGPD como *dados relativos* à saúde os «dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde». Esta definição, de conteúdo e alcance muito amplo, surge complementada e densificada, designadamente, pelo Considerando 35 do RGPD, pelas orientações do Grupo do Art. 29.¹⁴ e da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)¹⁵, bem como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁶. Essa amplitude reflete-se também no Direito interno português (cfr., por exemplo, o art. 2.º da Lei n.º 12/2005, de 26/01).

Neste contexto, tem sido entendimento pacífico da doutrina que as informações relativas à saúde física e psíquica de um indivíduo se encontram no círculo mais reservado ou íntimo da vida pessoal¹⁷.

13 - Assim, cada finalidade de tratamento assenta numa fonte de licitude.

14 - Cfr. Article 29 Working Party, *Health Data in Apps and Devices*, 2015, disponível em http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2015/20150205_letter_art29wp_ec_health_data_after_plenary_annex_en.pdf (consult. 27/08/2018).

15 - Catarina Sarmento e Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 91.

16 - Cfr., por exemplo, o caso *Lingvist* - Ac. TJUE de 06/11/2003 (Proc. n.º C-101/01), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0101&from=EN> (consult. 27/08/2018).

17 - Teodoro Bastos de Almeida, “O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: Uma perspetiva de direito comparado”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXXIX (2003), pp. 403/405; Rita Amaral Cabral, “O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do art. 80.º do Código Civil)”, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, p. 399; Helena Moniz,

3. A equação do problema jurídico

3.1. As fontes de licitude do tratamento de dados

I – Para que o tratamento de dados seja lícito, impõe-se, como referimos, que, para cada finalidade determinada pelo responsável, o mesmo se baseie numa fonte legitimadora expressamente prevista no RGPD.

Ora, para os dados pessoais comuns, as fontes de licitude são as elencadas no art. 6.º, contando-se, entre elas, o consentimento do titular ou, em alternativa, a necessidade do tratamento para um dos seguintes propósitos: a execução de um contrato; o cumprimento de uma obrigação jurídica; a defesa de interesses vitais do titular; o exercício de funções de interesse público ou exercício da autoridade pública; ou interesses legítimos do responsável.

Deste leque, cumpre destacar o consentimento (alínea a) do n.º 1 do art. 6.º), expressão da soberania da vontade do titular dos dados no sentido de autorizar o respetivo tratamento.

Releva especialmente também a alínea b) do n.º 1 do art. 6.º, que estabelece como fonte de licitude a necessidade do tratamento para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados. Assim, se o titular dos dados pretender contratar um seguro de incêndio sobre a sua habitação, o tratamento do dado *morada* (entre outros), pelo segurador, é lícito porquanto necessário para a execução do contrato.

II – Já no que respeita às *categorias especiais de dados* (onde se inserem os de saúde), as fontes de licitude – previstas no art. 9º do RGPD –

“Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, n.º 2 (abr. jun. 1997), p. 237; Paulo Mota Pinto, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXIX (1993), pp. 527 ss.; Paulo Mota Pinto, “A proteção da vida privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXXVI (2000), pp. 166 ss.; Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, pp. 317 ss. Como refere Pierre Kayser, há um *sentimento de pudor* que envolve estes dados – Pierre Kayser, *La Protection de la Vie Privée*, 2ª Ed., Paris, Economica, 1990, p. 6.

são mais restritas do que as aplicáveis aos dados pessoais comuns. Assim, para além do consentimento explícito do titular dos dados (alínea a) do n.º 2 do art. 9.º), as outras fontes de legitimação repousam na necessidade do tratamento: (i) para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da UE ou dos Estados ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados (alínea b) do n.º 2 do mesmo art.); (ii) para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento (alínea c) do n.º 2); (iii) para a declaração, o exercício ou a defesa de um direito num processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da sua função jurisdicional (alínea f) do mesmo n.º); (iv) por motivos de interesse público importante, com base no direito da UE ou de um Estado (alínea g)); (v) para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da UE ou dos Estados ou por força de um contrato com um profissional de saúde, sob reserva das condições e garantias previstas no n.º 3 (alínea h)¹⁸; (vi) por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (alínea i); (vii) para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos (alínea j).

Para além destas fontes, prevê-se ainda como fontes de licitude: (viii) o tratamento ser efetuado, no âmbito das suas atividades legítimas e mediante garantias adequadas, por uma fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais, e desde que esse tratamento se refira exclusivamente aos membros ou

18 - Acrescenta o n.º 3 que o tratamento é lícito, no caso referido, se os dados forem tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional, nos termos do direito da UE ou dos Estados ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes, ou por outra pessoa igualmente sujeita a uma obrigação de confidencialidade ao abrigo do direito da UE ou dos Estados ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes.

antigos membros desse organismo ou a pessoas que com ele tenham mantido contactos regulares relacionados com os seus objetivos (alínea d) do n.º 2); e (*ix*) o tratamento referir-se a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular (alínea e).

Em suma, e para além do consentimento do titular, o art. 9.º do RGPD não prevê uma fonte de licitude evidente que legitime o tratamento de dados de saúde na execução de contratos de seguro, nomeadamente – por comparação com a alínea b) do n.º 1 do art. 6.º – a *necessidade* desse tratamento para a execução do contrato. Mas em que medida será o tratamento de dados de saúde efetivamente necessário para a execução de contratos de seguro?

3.2. A necessidade do tratamento de dados de saúde por seguradores

Como é sabido, nos seguros de pessoas o contrato cobre riscos relacionados com a vida, a saúde e a integridade física de uma pessoa ou conjunto de pessoas (n.º 1 do art. 175.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro – RJCS), sendo os dados de saúde, consequentemente, indispensáveis à caracterização do risco objeto do contrato (na fase de subscrição), como do dano resultante do sinistro (na fase de execução).

Quanto ao primeiro momento (conclusão do contrato), o segurador, antes de se vincular, necessita de conhecer o risco que lhe é proposto (em grande parte assente no estado de saúde da pessoa a segurar) e de estimar a probabilidade de ocorrência e de gravidade do eventual sinistro, decidindo então se tal risco é segurável e em que condições tarifárias. Para tanto, e porque as características do risco são material e legalmente inacessíveis ao segurador, necessita este da cooperação da contraparte, que se concretiza no dever de declaração inicial ao risco (n.ºs 1 e 2 do art. 24.º e n.º 1 do art. 177.º, todos do RJCS)¹⁹, e de tratar (receber, analisar, conservar) os dados transmitidos.

Não obstante, o incumprimento do dever de declaração do risco – com consequências invalidantes do contrato – só é, normalmente, constatado no decurso da gestão do sinistro, quando se evidencia que

19 - Sobre a declaração do risco, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, *cit.*

as causas deste, preexistentes, foram deliberadamente escondidas do segurador. Assim, também no segundo momento (fase de execução do contrato) necessita o segurador de tratar dados de saúde para regularizar o sinistro^{20/21} e verificar do cabal cumprimento do dever pré-contratual de declaração do risco.

Por outro lado, quando o seguro em causa assuma caráter indemnizatório, só a avaliação do dano corporal possibilita a determinação do valor da prestação do segurador por sinistro. Tratando-se, diversamente, de um seguro de vida com complementar de morte ou incapacidade por acidente, também a determinação da causa da morte ou incapacidade e, logo, do capital devido pelo segurador, dependem do tratamento de dados de saúde.

Ademais, para poder verificar se ocorreu alguma exclusão de cobertura (e, portanto, se as circunstâncias do sinistro estão garantidas), poderá o segurador não conseguir prescindir do tratamento de dados clínicos em sede de gestão do sinistro²².

Desta forma, tanto em sede pré-contratual como de execução do contrato, a necessidade de tratamento de dados de saúde pelo segurador é incontornável em algumas modalidades de seguro (em regra, nos seguros de pessoas)²³.

3.3. A extensão do problema

Não obstante darmos por demonstrado que, pelo menos em seguros de pessoas, o tratamento de dados de saúde é, mais do

20-Cfr. Luís Poças, “A cominação civil da fraude na execução do contrato de seguro – Ocorrência e participação do sinistro”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LV, n.º 1-4 (jan.-dez. 2014), pp. 219-273.

21-No seguro de saúde, por exemplo, não pode o segurador deixar de analisar informação clínica de suporte, indispensável ao controlo dos atos médicos efetuados e das inerentes despesas.

22-Por exemplo, a presença de alcoolemia no sangue pode ser uma circunstância que exclui a cobertura.

23-Esta necessidade de tratamento (pelo menos, no ramo Vida) em sede de execução do contrato, é tradicionalmente recusada pela CNPD, ainda que sem argumentação factual. Cfr., por exemplo, http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2001/htm/del/del051_01.htm (consult. 25/06/2010), e http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2006/htm/del/del072_06.htm (consult. 25/06/2010).

que necessário, indispensável à gestão do seguro, quer na fase de conclusão do contrato, quer na da respetiva execução, certo é que não encontramos para as categorias especiais de dados (art. 9.º do RGPD) o fundamento de licitude previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 6.º (necessidade do tratamento para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados).

Assim, relativamente aos dados comuns, o RGPD assume que, se o titular dos dados quer vincular-se contratualmente e sabe que essa vinculação implica necessariamente o tratamento de dados, então esse tratamento é lícito porquanto a vontade do titular não pode querer o contrato e não querer o tratamento de que o mesmo depende. Porém, esta conclusão não é já legítima para o tratamento de dados de saúde, onde o legislador parece admitir que o titular possa querer o contrato sem querer o tratamento de dados ao mesmo inerente.

O problema que nos tange – e que tanto preocupa os seguradores e a própria autoridade de controlo da proteção de dados (CNPd) – é, pois, nas palavras desta entidade, «a ausência no RGPD de fundamento direto de licitude dos tratamentos de dados de saúde no âmbito dos contratos de seguros [...]»²⁴.

Ora, na ausência de uma fonte de licitude em que possa ancorar o tratamento dos dados pessoais de saúde, não pode o segurador tratá-los após 25 de maio de 2018, devendo mesmo, na perspetiva da CNPD, eliminá-los²⁵. A impossibilidade de tratamento lícito dos referidos dados teria, por seu turno, por efeito a impossibilidade superveniente e objetiva de execução dos inerentes contratos de seguro, a ditar a extinção dos mesmos.

A consequência da extinção das carteiras de seguros de pessoas afigura-se de uma gravidade manifesta, tanto no plano social (a perda de cobertura, em muitos casos irreversível, sobretudo nos

24 - Parecer n.º 20/2018, da CNPD, de 02/05/2018 - https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_20_2018.pdf, p. 41v. (consult. 03/08/2018).

25 - Parecer n.º 20/2018, da CNPD, de 02/05/2018, cit., p. 37 v. Recorde-se que a eliminação de dados é, ela própria, uma forma de tratamento, pelo que essa eliminação seria também ilícita.

seguros de vida), como no económico (o desmantelamento de um setor relevantíssimo da atividade económica).

Antes de passarmos em revista as soluções normativas que configuramos como possíveis para o problema equacionado, veremos como a questão da licitude do tratamento de dados de saúde era enquadrada à luz da LPD, assentando então no consentimento do titular.

4. O paradigma do consentimento e a sua insuficiência

I – Tanto para os dados comuns como para as categorias especiais de dados (respetivamente, alínea a) do n.º 1 do art. 6.º, e alínea a) do n.º 2 do art. 9.º, ambos do RGPD), as fontes de licitude são encabeçadas pelo *consentimento do titular* para uma ou mais finalidades específicas.

Na vigência da LPD era matéria incontroversa que o tratamento de dados de saúde pelo segurador tinha por fonte de licitude exclusiva o prévio consentimento do titular, considerado então como *fonte-regra* legitimadora do tratamento (cfr. arts. 6.º e 7.º da LPD)²⁶. Ainda hoje, à luz do RGPD, alguns autores mantêm a perspetiva de que o consentimento permanece a fonte de licitude para o tratamento de dados de saúde por seguradores²⁷.

26 - Relativamente a seguros de vida, por exemplo, sublinhava a CNPD que «não existe na Lei 67/98 ou noutra disposição legal qualquer norma que autorize a Companhia de Seguros, nestas circunstâncias (sem consentimento e depois da morte), a aceder à informação clínica em poder dos hospitais ou centros de saúde» http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2001/htm/del/del051_01.htm (consult. 25/06/2010). Como também se afirmava na Deliberação n.º 72/2006, «não havendo, como não há, lei formal que preveja e legitime o acesso aos dados pessoais de saúde de titulares falecidos, pelas Companhias de Seguros e pelos familiares desses titulares, para efeitos de pagamento/recebimento de indemnizações em virtude da morte dos titulares segurados, esse acesso apenas pode decorrer do consentimento dos titulares: art. 35º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e n.º 2 do art. 7º da Lei de Proteção de Dados (LPD)» - http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2006/htm/del/del072_06.htm (consult. 25/06/2010).

27 - Cfr., por exemplo, Jean-François Henrotte e Fanny Coton, “L’impact du R.G.P.D. dans le secteur des assurances: Comment s’y conformer?”, *cit.*, pp. 109-110.

Ora, embora a noção e os requisitos do consentimento não se tenham alterado, em substância, com o advento do RGPD, a verdade é que hoje a perspetiva dominante é bem diversa e que o consentimento se encontra já inapelável (e, cremos, irreversivelmente) afastado da posição de fonte legitimadora do tratamento de dados de saúde na execução de contratos de seguro^{28/29}.

II – Cumpre analisar, todavia, em que medida é o consentimento do tomador do seguro ou pessoa segura inapto para fundamentar o tratamento de dados de saúde em seguros.

Ora, o consentimento do titular surge definido, na alínea 11 do art. 4.º do RGPD, como «uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento». É precisamente entre os requisitos do consentimento que encontramos dificuldades incontornáveis à pretensão legitimadora desta fonte de licitude. Vejamos.

III – Comparando a letra do art. 9.º e do art. 6.º do RGPD, logo constatamos que aquela se refere ao consentimento *explícito* do

28-O consentimento assume hoje, aliás, um papel de subsidiariedade relativamente às outras fontes de licitude. Assim, quando o responsável pelo tratamento disponha cumulativamente de vários fundamentos de licitude de que possa lançar mão e opte por recorrer ao consentimento, não poderá depois, retroativamente, invocar outro fundamento, tendo ficado preso às vicissitudes do consentimento - Grupo de Trabalho do Art. 29.º, *Orientações Relativas ao Consentimento na Aceção do Regulamento (UE) 2016/679* - https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp259rev0.1_PT.pdf, pp. 22 e 26 (consult. 07/09/2018).

29-A mudança de paradigma do consentimento estará associada ao refinamento da análise e do rigor consagrados a esta fonte de licitude, em particular pelo Grupo de Trabalho do Art. 29.º. Por outro lado, o próprio RGPD, assente no papel central do titular dos dados, ultrapassa o sentido passivo que o consentimento anteriormente assumia (face a uma ação do responsável pelo tratamento) substituindo-o pela noção de liberdade ou autodeterminação dos dados, assente nos direitos reforçados do titular – neste sentido, Borja Adsuar Varela, “El consentimiento”, in José Luis Piñar Mañas (Dir.); María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo (Coord.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*, Madrid, Editorial Reus, 2016, pp. 168-169; María Álvarez Caro, “El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, *cit.*, p. 228.

titular, enquanto esta parece ignorar o requisito de *explicitação*, com o que vários autores identificam um requisito acrescido de *explicitação* no consentimento do art. 9.^{o30}.

Porém, como resulta da definição acima citada (alínea 11) do art. 4.^o), o requisito de explicitação – no sentido de que o consentimento haverá de ser *expresso*, e preferencialmente (mas não necessariamente) prestado por declaração assinada – caracteriza *todo* o consentimento, mesmo que incida sobre o tratamento de dados pessoais comuns, pelo que carece de alcance útil a referência encontrada no art. 9.^{o31}.

O RGPD não se basta, pois, com o caráter *implícito* (ou tácito) da manifestação de vontade, como resultaria do mero fornecimento de dados, pelo titular, após ser informado dos fins a que o tratamento se destina³².

Neste contexto, a citada definição legal acolhe duas formas de *manifestação* do consentimento: (i) a declaração; e (ii) o ato positivo inequívoco. Sendo certo que os adjetivos *positivo* e *inequívoco* se referem ao ato, os mesmos são igualmente requeridos, por maioria de razão, para a declaração, com o que se garante o caráter explícito do consentimento³³.

IV – Outro requisito relevante do consentimento é o da especificidade («manifestação de vontade [...] específica»), o qual se reflete em várias vertentes. Desde logo, hão de ser específicas as finalidades objeto do consentimento, o qual deverá ser prestado para cada finalidade particular, recolhido em separado (granularidade) e assente em informação discriminada.

30-Cfr., por exemplo, Jean-François Henrotte e Fanny Coton, “L’impact du R.G.P.D. dans le secteur des assurances: Comment s’y conformer?”, *cit.*, p. 109; Ian Long, *Data Protection – The New Rules*, Bristol, Jordan Publishing, 2016, p. 128.

31-Grupo de Trabalho do Art. 29.^o, *Orientações Relativas ao Consentimento na Ação do Regulamento (UE) 2016/679*, *cit.*, p. 21.

32-A interpretação é sugerida por Ian Long, *Data Protection – The New Rules*, *cit.*, pp. 128-129. Em sentido contrário, Grupo de Trabalho do Art. 29.^o, *Orientações Relativas ao Consentimento na Ação do Regulamento (UE) 2016/679*, *cit.*, p. 22.

33-Borja Adsuara Varela, “El consentimiento”, *cit.*, p. 152

Assim se garante maior transparência e controlo por parte do titular³⁴.

Ainda no quadro da LPD, defendia a CNPD que a *especificidade* «deve significar que o consentimento se refere a uma contextualização factual concreta, a uma atualidade cronológica precisa e balizada e a uma operação determinada, sendo o mais individualizado possível. O consentimento específico afasta os casos de consentimento preventivo e generalizado, prestado de modo a cobrir uma pluralidade de operações»³⁵. Noutro trecho, acrescentava a CNPD que «não será suficiente um “consentimento genérico”, como já se tem visto em contratos de seguro enviados à CNPD, no qual se admite o “acesso à informação clínica existente em hospitais, centros de saúde ou médicos particulares”. Este consentimento, pelo seu caráter demasiado genérico, não configura o “consentimento expresso” legalmente exigível»³⁶.

Ora, suscitando-se a questão da licitude do tratamento dos dados logo na fase pré-contratual, haveria o segurador de recolher o consentimento logo nessa fase, destinando-se o mesmo a legitimar o tratamento ao longo da execução do contrato (potencialmente, muitos anos depois). Sucede, porém, que o seguro se caracteriza pela imprevisibilidade e incerteza quanto ao risco coberto e quanto ao sinistro, sendo, portanto, impossível ao segurador saber quais as circunstâncias concretas de tempo, lugar e modo do tratamento de dados pessoais³⁷, como vinha requerendo a CNPD.

Desta forma, o consentimento que, na vigência da LPD, o segurador recolhia para a execução do contrato tinha de ser enunciado

34 - Grupo de Trabalho do Art. 29.º, *Orientações Relativas ao Consentimento na Ação do Regulamento (UE) 2016/679*, *cit.*, pp. 12 ss.

35 - <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2006/htm/del/del072-06.htm> (consult. 25/06/2010).

36 - <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2001/htm/del/del051-01.htm> (consult. 25/06/2010). Cfr. também Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, *cit.*, p. 207; e Helena Moniz, “Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, *cit.*, p. 238.

37 - Por exemplo, aquando da subscrição, não pode o segurador antecipar que, sete anos depois, irá necessitar de analisar um relatório clínico para apurar as circunstâncias em que se irá produzir um sinistro.

numa formulação suficientemente lata e genérica, que cobrisse as múltiplas eventualidades possíveis de ocorrência do sinistro e, logo, de tratamento de dados. No entanto, verificando-se a necessidade de tratamento dos dados para efetuar a sua prestação por sinistro, confrontava-se o segurador com a ineficácia do consentimento e a ilicitude do tratamento dos dados, segundo a apreciação da CNPD.

A inviabilidade prática de cumprimento do requisito da especificidade do consentimento mantém-se, atualmente, no quadro do RGPD. Com efeito, a recolha de cada consentimento específico à medida que o segurador necessite de efetuar cada tratamento de dados revela-se impraticável, comprometendo a obtenção do consentimento do titular como fonte de licitude daquele tratamento.

V – Um outro importante requisito do consentimento é o da liberdade (voluntariedade) do mesmo³⁸. Neste contexto, sendo indispensável o tratamento de dados de saúde para a análise do risco e para a execução de alguns contratos de seguro, poderá o segurador condicionar a conclusão do contrato à prévia recolha desse consentimento?

Nesta matéria, esclarece a parte final do considerando 43 do RGPD que se presume «que o consentimento não é dado de livre vontade se [...] a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento *apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução*»³⁹. O trecho final parece sugerir uma leitura a *contrario*, no sentido de que o consentimento será livre se o tratamento for necessário à execução de um contrato que fique dependente da obtenção desse consentimento. Porém, será de afastar essa interpretação⁴⁰, já que, na coerência do RGPD, a fonte de licitude

38 - Cfr. os considerandos 32 e 43; a alínea 11) do art. 4.º; o art. 7.º; a alínea c) do n.º 2 do art. 13.º; e a alínea d) do n.º 2 do art. 14.º, todos do RGPD.

39 - Esta regra encontra-se igualmente consagrada no n.º 4 do art. 7.º: «ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais *que não é necessário para a execução desse contrato*».

40 - Como afirma o Grupo do Art. 29.º, «regra geral, o RGPD prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido» – Grupo de Trabalho do Art. 29.º, *Orientações Relativas ao Consentimento na Ação do Regulamento (UE)*

haverá de assentar então na própria *necessidade* do tratamento para a execução do contrato ou prestação do serviço (alínea b) do n.º 1 do art. 6.º, não aplicável a dados de saúde), mas já não no consentimento⁴¹. Portanto, não pode o segurador condicionar a celebração do contrato à obtenção do consentimento, porquanto um consentimento assim obtido não seria livre, provocando a ilicitude do tratamento de dados de saúde.

VI - A liberdade do consentimento tem como corolário o direito de retirada (revogação unilateral) do mesmo a todo o tempo. Como estabelece o n.º 3 do art. 7.º do RGPD, «o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. [...] O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar».

Assim, se o segurador tiver recolhido o consentimento para o tratamento de dados de saúde, poderá ser posteriormente surpreendido com a retirada do mesmo e com a consequente inviabilidade da execução do contrato, o que configura uma impossibilidade objetiva superveniente do cumprimento, por causa imputável ao credor, a determinar a extinção da obrigação (n.º 1 do art. 790.º do Código Civil)⁴².

2016/679, *cit.*, p. 6.

41 - Como refere o Grupo do Art. 29.º, «o RGPD assegura que o tratamento dos dados pessoais relativamente ao qual se solicita o consentimento não pode ser direta ou indiretamente uma contrapartida da execução de um contrato. Os dois fundamentos para o tratamento lícito dos dados pessoais, ou seja, o consentimento e o contrato, não podem fundir-se nem misturar-se. [...] *Se o responsável pelo tratamento pretender tratar dados pessoais que são efetivamente necessários para a execução do contrato, o consentimento não é o fundamento legal*» (itálico nosso) – Grupo de Trabalho do Art. 29.º, *Orientações Relativas ao Consentimento na Ação do Regulamento (UE) 2016/679, cit.*, pp. 8-9.

42 - Quando a retirada do consentimento não torne *impossível* a prestação do segurador, mas reduza substancialmente os meios de defesa e controlos indispensáveis à determinação da prestação devida – deixando o segurador vulnerável, designadamente, a práticas de fraude (omissões ou inexatidões pré-contratuais dolosas, simulação ou provocação intencional do sinistro ou do dano corporal, agravamento de danos, etc.) –, pensamos que a revogação do consentimento se traduzirá numa justa causa de resolução do seguro, nos termos e para os efeitos previstos no art. 116.º do RJCS.

Porém, o consentimento só será livre se não resultarem da sua revogação consequências negativas para o titular⁴³. De facto, como verte do considerando 42), «não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados [...] não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado»⁴⁴. Ora, resultando da revogação do consentimento, como vimos, a extinção do contrato, então fica demonstrado que o mesmo não foi dado livremente, sendo, pois, inválido, com o que será também ilícito o tratamento de dados efetuado com base em tal consentimento.

VII – Em termos conclusivos, o consentimento, atendendo aos requisitos analisados – sobretudo aos direitos à retirada do consentimento e ao apagamento dos dados – assume um carácter efémero e precário, incompatível com a estabilidade e duração tendencialmente longa do seguro. Revela-se, assim, funcionalmente desadequado do papel de fundamento legitimador do tratamento de dados de saúde, quando este seja necessário à execução de um contrato de que o titular seja parte, pelo que, em suma, o referido tratamento de dados de saúde não pode assentar no consentimento.

5. A fonte de licitude do art. 6.º/1/b) como consentimento presumido

À luz da análise empreendida do consentimento como fonte de licitude, cumpre reequacionar o problema objeto deste estudo. Assim, é nosso entendimento que a fonte de licitude prevista, para os dados comuns, na alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD – necessidade do tratamento para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados – não assenta na ideia de que a vinculação contratual é mais valiosa e deve, portanto, prevalecer sobre o direito de autodeterminação do titular dos dados em que se baseia o consentimento. Com efeito, as duas fontes de licitude têm, do nosso ponto de vista, o mesmo fundamento, assentando ambas na soberania da vontade, livre e esclarecida, do titular dos dados.

43 - Esta era já, aliás, a orientação que resultava da LPD – Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, cit., p. 207.

44 - Cfr. Grupo de Trabalho do Art. 29.º, *Orientações Relativas ao Consentimento na Aceção do Regulamento (UE) 2016/679*, cit., p. 11.

Simplemente, por um princípio de coerência lógica, a *vontade contratual*, quando implique, necessária e consabidamente, o tratamento de dados pessoais, não é autonomizável da *vontade* (consentimento) dirigida a esse tratamento⁴⁵. Nesses casos, portanto, verificar-se-á uma fusão entre a vontade dirigida ao contrato e a dirigida ao tratamento, fusão essa traduzida numa *presunção inilidível de consentimento* do titular quanto a tal tratamento. É este, do nosso ponto de vista, o sentido e a lógica subjacente à alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD, os quais, inexplicavelmente, não encontram réplica no tratamento de categorias especiais de dados (art. 9.º). Aqui, ao operar uma cisão entre a vontade dirigida ao contrato e a dirigida ao tratamento dos dados requerido pelo contrato, o legislador parece alhear-se da incongruência paradoxal resultante.

Afastado o consentimento como solução para o problema equacionado, importa apurar que soluções normativas proporciona o RGPD como fontes de licitude do tratamento de dados de saúde em seguros.

6. Os seguros obrigatórios

I – Em matéria de soluções normativas para o problema equacionado, começaremos por analisar o caso dos seguros legalmente obrigatórios, entre os quais se contam diversos seguros de responsabilidade civil passíveis de cobrir danos corporais nos terceiros lesados, destacando-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (SORCA), o seguro de acidentes de trabalho (por conta própria ou por conta de outrem), ou várias situações de seguros obrigatórios de acidentes pessoais.

Tratando-se de seguros obrigatórios, verifica-se uma limitada liberdade contratual das partes⁴⁶, caso em que as obrigações contratuais resultam, não da faculdade de estipulação das partes,

45 - Na verdade, *querendo* obrigar-se através de um contrato, e *sabendo* que isso implicará *inevitavelmente* o tratamento de dados pessoais, o titular não poderá deixar de *querer*, por inerência, o tratamento de tais dados.

46 - Na verdade, o tomador do seguro não tem liberdade de não contratar, mas apenas de escolha da contraparte. Quanto ao segurador, o mesmo pode não explorar o ramo em causa, ou recusar o risco que lhe é proposto, ou definir a tarifa aplicável e ajustar o prémio concreto às características do risco – Luís Poças, *Seguro Automóvel – Oponibilidade de Meios de Defesa aos Lesados*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 14-15.

mas de normas legais injuntivas. Neste quadro, a *necessidade*, para o segurador, de tratamento de dados de saúde resulta de disposições injuntivas, sendo inerente ao cumprimento de uma obrigação legal⁴⁷.

O carácter obrigatório e, consequentemente, universal destes seguros decorre também do seu propósito e função de *proteção social*, no sentido da tutela dos lesados⁴⁸ em consequência de uma atividade cujo grau de risco suscita a proteção do Direito. Neste contexto, o intuito de proteção dos lesados em seguro automóvel está patente no próprio preâmbulo da Lei SORCA, em alusões recorrentes (por exemplo, considerando 12, 21, 29, 30 e 31) da Diretiva Codificadora Automóvel (Diretiva 2009/103/CE, de 16 de setembro), em jurisprudência nacional e da UE⁴⁹, e na doutrina⁵⁰. Igualmente evidente, no caso do seguro de acidentes de trabalho, é o propósito de proteção social do trabalhador exposto a riscos de acidente.

II – Desta forma, consideramos que o tratamento de dados de saúde necessário para a execução de seguros obrigatórios tem por fonte de licitude a alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD⁵¹. Nos

47 - Cfr., por exemplo, os arts. 35.º, 37.º e 39.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto (Lei do SORCA), ou os arts. 19.º ss.; 23.º ss.; 25.º ss.; 48.º ss.; etc., da Lei dos Acidentes de Trabalho (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro).

48 - Os titulares dos dados de saúde cujo tratamento é necessário para a execução do contrato não são, portanto, parte do mesmo, mas sim *terceiros*.

49 - Cfr., por exemplo, Ac. STJ de 18/12/2002 – Proc. 2B3891 (Moitinho de Almeida); Ac. TJ de 28/03/1996 – Proc. n.º C-129/94 (caso *RuiBernáldez*); Ac. TJ de 30/06/2005 – Proc. n.º C-537/03 (caso *Katja Candolin*); Ac. TJ de 19/04/2007 – Proc. n.º C-356/05 (caso *Elaine Farrell*); Ac. TJ de 17/03/2011 – Proc. n.º C-484/09 (caso *Carvalho Ferreira Santos*); Ac. TJ de 11/07/2013 – Proc. n.º C-409/11 (caso *Csonka e o.*); ou Ac. TJ de 20/07/2017 – Proc. n.º C-287/16 (caso *Fidelidade – Companhia de Seguros*).

50 - Cfr., por exemplo, Jorge Sinde Monteiro, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, s.n., 1983, p. 116.

51 - Quando não estejam em causa categorias especiais de dados, a fonte de legitimação decorrerá, não da alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD (necessidade para a execução de um contrato de que o *titular seja parte*) mas da alínea c) do mesmo n.º (necessidade para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito). Como decorre do considerando 45 do RGPD (e das traduções oficiais do regulamento na generalidade das línguas), a obrigação *jurídica* consiste numa

termos deste preceito, o tratamento de categorias especiais de dados é lícito se «for necessário para efeitos do *cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social*, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados».

Ora, o tratamento é, com efeito: (i) *necessário*; (ii) para o *cumprimento de obrigações* do responsável pelo tratamento (e do exercício de direitos específicos do titular dos dados), as quais decorrem de normas legais injuntivas; (iii) essas normas têm natureza laboral (seguros de acidentes de trabalho⁵²) e, em qualquer caso, de *proteção social*, função associada ao caráter obrigatório (e universal) do seguro.

III – Do nosso ponto de vista, as referências da citada alínea b) do n.º 2 do art. 9.º a *legislação laboral* e a *convenção coletiva* albergam ainda a legitimação do tratamento de dados de saúde nos seguros de *employee benefits* (seguros de vida, de saúde e de acidentes pessoais subscritos pelo empregador em benefício dos trabalhadores e normalmente assente em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho – IRCT).

Também aqui se trata de seguros obrigatórios no quadro do IRCT aplicável⁵³. Embora, em regra, não resultem da lei laboral ou do IRCT deveres para o responsável pelo tratamento (o segurador), o fim de proteção social e a obrigatoriedade do seguro permitem estender a

obrigação *legal*, e não de fonte contratual – também neste sentido, Ana Alves Leal, “Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (*big data analytics*) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação”, in António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte (Coords.), *Fintech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 164.

52- No caso do seguro de acidentes de trabalho, a respetiva obrigatoriedade é estabelecida no n.º 5 do art. 283.º do Código do Trabalho e no n.º 1 do art. 79.º da Lei dos Acidentes de Trabalho, assumindo ambos os diplomas natureza laboral.

53- A obrigatoriedade da observância do IRCT e as consequências do seu incumprimento resultam, respetivamente, n.º 3 do art. 520.º e art. 521.º do Código do Trabalho.

estes casos a *ratio* das outras situações de seguro obrigatório e um tratamento assente no mesmo fundamento legitimador.

Nos seguros obrigatórios, a solução de licitude do tratamento de dados de saúde assenta, assim, na alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD. Vejamos o caso dos seguros facultativos.

7. Os seguros facultativos

Ainda no quadro do mesmo fundamento de licitude que vimos aplicável aos seguros obrigatórios – a alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD – importa aferir, quanto aos seguros facultativos, se se verifica uma obrigação legal do responsável e a natureza da legislação de onde provém.

Ora, consideramos incontroverso que os seguros facultativos de pessoas visam complementar o regime de proteção social consagrado pelo Sistema Previdencial de Segurança Social, já que os riscos cobertos por estes seguros correspondem às eventualidades garantidas por aquele sistema (e pelo sistema nacional de saúde), acrescendo à proteção social que os mesmos asseguram. São, portanto, soluções voluntárias (facultativas) de complemento aos referidos sistemas, prosseguindo fins de proteção social⁵⁴.

Importa, porém, verificar se do regime legal vigente resultam obrigações para o segurador (como responsável pelo tratamento) cujo cumprimento exija o tratamento de dados de saúde. Ora, verifica-se, na fase pré-contratual (análise do risco) um verdadeiro *dever legal* do segurador, no plano do exercício da atividade seguradora, de análise e criteriosa do risco subscrito, aplicando a este as condições

54 - Cfr., por exemplo, o art. 84.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro), onde se afirma que «os regimes complementares [de segurança social] de iniciativa individual são de instituição facultativa, assumindo, entre outras, a forma de planos de poupança-reforma, de *seguros de vida*, de seguros de capitalização e de modalidades mutualistas». A complementaridade dos seguros facultativos de pessoas ao sistema de segurança social e ao sistema nacional de saúde são, aliás, corroborados pelos regimes que vertem, por exemplo, do n.º 3 do art. 76.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, do n.º 2 do art. 43.º do Código do IRC, ou das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 2.º-A do Código do IRS. Mais desenvolvidamente, Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *cit.*, pp. 280 ss.

tarifárias adequadas, pelo que não pode, no caso dos seguros de pessoas, deixar de tratar os dados de saúde indispensáveis a essa análise e seleção⁵⁵.

Por outro lado, também na fase de execução do contrato, designadamente para a regularização do sinistro, o segurador está vinculado a observar vários deveres legais, que normalmente impõem o tratamento de dados de saúde em seguros de pessoas (cfr. arts. 102.º e 104.º do RJCS).

Desta forma, consideramos verificarem-se, também quanto aos seguros facultativos de pessoas, os requisitos da alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD, a legitimarem o tratamento de dados de saúde pelo segurador⁵⁶.

8. A solução de intervenção legislativa nacional

8.1. A necessidade de atuação do legislador

Embora tenhamos constatado que o RGPD não consagra, para o tratamento de dados de saúde, uma fonte de licitude paralela à estabelecida na alínea b) do n.º 1 do art. 6.º (a necessidade do tratamento para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular), e tenhamos verificado também que o consentimento do titular não é adequado a legitimar o tratamento de dados de saúde pelo segurador, defendemos, ainda assim, que o RGPD comporta soluções legitimadoras desse tratamento, quer para os seguros

55 - Cfr., designadamente, sob a epígrafe *sistema de gestão de riscos*, o n.º 1 e a alínea a) do n.º 4, ambos do art. 72.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora (doravante, RJASR). Também do n.º 3 do art. 24.º (cfr. Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, *cit.*, pp. 383-450, sobretudo pp. 391 ss.) e do art. 178.º, ambos do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), vertem deveres a cargo do segurador que necessariamente implicam, nos seguros de pessoas, o tratamento de dados de saúde.

56 - Ainda que se rejeitasse a alínea b) do n.º 2 do art. 9.º como fonte de licitude para o tratamento de dados de saúde relativamente a seguros facultativos de pessoas, pensamos que a alínea h) do mesmo número – por interpretação extensiva, permitida pelo art. 11.º do Código Civil, senão mesmo literal – seria apta a fundamentar a licitude desse tratamento. Cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *cit.*, pp. 286 ss.

obrigatórios, quer para os facultativos (alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD).

Este último ponto de vista está, porém, longe de obter consenso entre a comunidade jurídica portuguesa e de encontrar acolhimento na CNPD. Para quem defenda, portanto, que o RGPD não oferece solução para o problema equacionado, esta solução terá de passar por uma atuação do legislador nacional.

Uma abordagem nesse sentido poderá consistir no expresse reconhecimento, pelo Direito interno, de que os seguros de pessoas, e o tratamento de dados de saúde por eles exigido, assumem *interesse público importante*, a legitimar, em conjunto com a citada alínea g) do n.º 2 do art. 9.º (e verificados os demais requisitos desta alínea) fonte de licitude bastante para o dito tratamento. Esta mesma via de solução é enunciada no Parecer n.º 20/2018, da CNPD, de 02/05/2018. Aí se refere que, «se se consegue acompanhar que no âmbito dos seguros obrigatórios é já reconhecido o interesse público importante, já o mesmo não acontece relativamente aos restantes seguros, designadamente os seguros de vida»⁵⁷.

Uma outra via de intervenção legislativa apontada pela CNPD é a decorrente do n.º 4 do art. 9.º do RGPD, onde se estabelece que «os Estados-Membros podem manter ou impor novas condições, incluindo limitações, no que respeita ao tratamento de [...] dados relativos à saúde». Embora se nos afigure que o sentido desta previsão legal é o da *restrição* (e não extensão) dos requisitos do tratamento de dados, considera a CNPD que «para os seguros que não sejam obrigatórios ou de saúde, apenas o n.º 4 do art. 9.º poderá servir para legitimar os Estados-Membros a prever em lei novas condições do tratamento»⁵⁸.

8.2. Uma oportunidade perdida

I – No Verão de 2017 foi iniciado um processo de consulta pública para aprovação de legislação nacional visando assegurar a execução, na ordem jurídica portuguesa, do RGPD, o qual deu origem a um relatório final, depois objeto de alterações e que veio a traduzir-se na Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a (Gov).

57 - Parecer n.º 20/2018, da CNPD, de 02/05/2018, *cit.*, p. 37 v.

58 - *Ibidem*.

Estabilizada a versão final da dita proposta de lei, a mesma foi votada e aprovada na Assembleia da República, e promulgada pelo Presidente da República, dando origem à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei de execução do RGPD, doravante LE). Veremos de seguida a atenção que o texto aprovado dispensa ao problema que nos ocupa.

II – Inexplicavelmente, a LE não contempla solução para o problema equacionado, apesar dos insistentes alertas do setor segurador e da própria CNPD para a premência da mesma.

Desde logo, não há qualquer disposição especificamente aplicável à atividade seguradora. Por outro lado, o tratamento de dados de saúde é relegado para um preceito muito genérico, o artigo 29.º, cujo conteúdo e alcance se afiguram triviais.

Assim, o respetivo n.º 1⁵⁹ explicita um princípio *need to know basis* para o tratamento de dados de saúde, regra que já decorreria do princípio da minimização dos dados, consagrado na alínea c) do n.º 1 do art. 5.º do RGPD.

Quanto aos n.ºs 2 e 3 do art. 29.º da LE, os mesmos têm o seu âmbito limitado às fontes de licitude previstas nas alíneas h) e i) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, nada de essencial acrescentando a primeira daquelas disposições (n.º 2 do art. 29.º) ao que já resulta do n.º 3 do art. 9.º do RGPD.

Por seu turno, os n.ºs 4 e 5 do art. 29.º, novamente de âmbito genérico, obrigam a um dever de sigilo todos os que tenham acesso a dados relativos à saúde, dever que, para os profissionais de seguros (administradores, trabalhadores, agentes e outros auxiliares do segurador) já vertia do art. 119.º do RJCS quanto a todos os dados ou informações, ainda que não de saúde.

Relativamente aos n.ºs 6 e 7 do art. 29.º, também de âmbito genérico, os mesmos não estão claramente pensados para uma atividade como a seguradora. Com efeito, o n.º 6 estabelece o dever de notificação do titular dos dados relativamente a qualquer acesso

59-Nos termos desta disposição, «nos tratamentos de dados de saúde e de dados genéticos, o acesso a dados pessoais rege-se pelo princípio da necessidade de conhecer a informação».

realizado aos mesmos, enquanto o n.º 7 remete para regulamentação a definição de medidas e requisitos técnicos mínimos de segurança inerentes ao tratamento de dados de saúde.

Em suma, quanto, concretamente, à legitimação do tratamento, pelo segurador, de dados de saúde necessários à subscrição e execução de contratos de seguro, não encontramos nem um preceito, nem uma palavra, sendo certo que o princípio *need to know basis* (n.º 1 do art. 29.º) não tem por escopo ou âmbito o estabelecimento de uma nova fonte de licitude, mas a restrição do tratamento no quadro das fontes já definidas pelo art. 9.º do RGPD.

9. Conclusões

Partindo da identificação do problema jurídico que, no contexto da implementação do RGPD, mais tem consternado o mercado segurador português – a aparente falta de uma fonte de licitude para o tratamento, por parte dos seguradores, de dados pessoais de saúde necessários à celebração e execução de contratos de seguro – passámos a enunciar e a analisar as hipóteses de solução que, do nosso ponto de vista, o próprio tecido normativo do RGPD providencia.

Neste contexto, defendemos que a alínea b) do n.º 2 do art. 9.º do RGPD, ao legitimar o tratamento de dados de saúde necessário ao cumprimento de obrigações legais do responsável em matéria de legislação laboral e de proteção social, dá cobertura a tal tratamento no caso dos seguros obrigatórios de acidentes de trabalho, de responsabilidade civil e de acidentes pessoais, bem como dos seguros de *employee benefits* (vida, saúde e acidentes pessoais), quando obrigatórios no âmbito da legislação laboral e do IRCT aplicável.

Defendemos também que a mesma fonte de licitude ampara o tratamento de dados de saúde relativamente aos seguros de vida, saúde e acidentes pessoais de iniciativa individual – ou constituindo *employee benefits* não previstos em IRCT (portanto, de constituição facultativa) – os quais são complementares ao Sistema de Segurança Social e ao Sistema Nacional de Saúde, assumindo, portanto, caráter de proteção social.

Perspetiva diversa (dominante em Portugal e defendida pela CNPD) é a de que o RGPD não contém soluções normativas para o

problema objeto de análise, o que imporá uma intervenção do poder legislativo. Infelizmente, essa intervenção alheou-se totalmente das inquietações propaladas pelo setor segurador e pela própria CNPD, deixando a matéria por regular.

Não sendo reconhecida a licitude no quadro do RGPD, nem tendo o legislador português estado à altura do problema para que foi reiteradamente alertado, fica o segurador impedido de tratar dados de saúde na execução de seguros de pessoas, devendo mesmo, na perspetiva da CNPD, destruir os que estejam na sua posse. A impossibilidade objetiva e superveniente do cumprimento dos inerentes contratos de seguro, não poderá deixar de ditar, em consequência, a extinção dos mesmos.

O cenário catastrófico que se adivinha iminente e que o poder legislativo certamente não deseja – mas que, de forma irrefletida, não se preocupou tampouco em evitar – faz temer, no mínimo, um período de incerteza. As consequências da configuração do RGPD (na leitura dominante) e da LE são de tal gravidade que farão pesar sobre a CNPD e sobre os tribunais um ónus avassalador: o de se verem forçados a ponderar entre o cumprimento estrito da lei e a realização da justiça social. Tal é, na sua vertente mais inquietante, o impacto do RGPD no mercado segurador português.

10. Referências bibliográficas

ADSUARA VARELA, Borja. El consentimiento. In José Luis PIÑAR MAÑAS (Dir.); María ÁLVAREZ CARO, Miguel RECIO GAYO (Coord.). *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2016, pp. 151-169

ALMEIDA, Teodoro Bastos de. O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: Uma perspetiva de direito comparado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXXIX (2003), pp. 355-436

ÁLVAREZ CARO, María. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas. In José Luis PIÑAR MAÑAS (Dir.); María ÁLVAREZ CARO, Miguel RECIO GAYO (Coord.). *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2016, pp. 227-240

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do art. 80.º do Código Civil). *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, pp. 373-406

CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Dados pessoais: conceito, extensão e limites. *Revista de Direito Civil*, Ano III (2018), n.º 2, pp. 297-321

FROTA, Mário. Dados pessoais – ‘Quem os tem, chama-lhes seus’... Ou a salvaguarda de um património sensível em ordem à reserva da tutela da vida privada?. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 89 (março 2017), pp. 5-10

GIL GONZÁLEZ, Elena. *Big Data, Privacidad y Protección de Datos*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2016

HENROTTE, Jean-François ; e COTON, Fanny. L’impact du R.G.P.D. dans le secteur des assurances: Comment s’y conformer?. *Forum de l’Assurance*, n.º 185 (juin 2018), pp. 107-111

KAYSER, Pierre. *La Protection de la Vie Privée*. 2ª Ed., Paris: Economica, 1990

LEAL, Ana Alves. Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (*big data analytics*) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação. In CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo; e DUARTE, Diogo Pereira (Coords.). *Fintech – Desafios da Tecnologia Financeira*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 75-202

LONG, Ian. *Data Protection – The New Rules*. Bristol: Jordan Publishing, 2016

MATOS, Filipe Albuquerque. “O Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (2016/679) no contexto dos desafios da atividade seguradora: O caso particular dos seguros de saúde”, *Banca Bolsa e Seguros*, n.º 3 / 2018, pp. 51-121

MENDES, Jorge Barros, O novo regulamento de proteção de dados: as principais alterações. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC)*, n.º 89 (março 2017), pp. 11-33

MONIZ, Helena. Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, n.º 2 (abr. jun. 1997), pp. 231-298

MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*. Coimbra: s.n., 1983

OLDENEEL, Charles-Albert van. Protection des données: le GDPR applicable depuis de 25 mai 2018!. *Bulletin des Assurances*, n.º 403-2 (2018), pp. 287-288

PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXIX (1993), pp. 479-586

PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano LXXVI (2000), pp. 153-204

POÇAS, Luís. A cominação civil da fraude na execução do contrato de seguro – Ocorrência e participação do sinistro. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LV, n.º 1-4 (jan.-dez. 2014), pp. 219-273

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

POÇAS, Luís. O RGPD e os Seguros. *Revista APS*, n.º 2 (nov. 2018), pp. 42-44

POÇAS, Luís. Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde. *Banca Bolsa e Seguros*, n.º 3 / 2018, pp. 217-302

POÇAS, Luís. *Seguro Automóvel – Oponibilidade de Meios de Defesa aos Lesados*. Coimbra: Almedina, 2018

PUYOL MONTERO, Javier. Los principios del derecho a la protección de datos. In José Luis PINAR MAÑAS (Dir.); María

ÁLVAREZ CARO, Miguel RECIO GAYO (Coord.). *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Privacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2016, pp. 135-150

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995





LEGISLAÇÃO

A criação de agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização

Alessandra Vasconcelos Araújo Rodrigues Carneiro*

Resumo: O presente artigo tem por base a dissertação de mestrado da autora, que teve por objeto o estudo do modelo de governança da Superintendência de Seguros Privados – Susep. O estudo teve origem em pesquisa exploratória, por meio da realização de entrevistas com executivos que atuam e possuem larga experiência no setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização. Conforme as observações colhidas nas entrevistas, os principais problemas característicos do modelo de governança atual da Susep são a ausência de independência orgânica e de autonomia financeira e orçamentária. A dissertação aprofundou na literatura nacional a compreensão dessas características no âmbito das agências reguladoras federais brasileiras, em contraste com as características atuais peculiares ao modelo de governança de autarquias comuns, como o da Susep. O modelo das agências reguladoras foi escolhido, pois a maioria dos próprios entrevistados manifestou entendimento no sentido de que a adoção do modelo de agência reguladora seria o mais adequado para o setor. Foram consultadas a legislação e doutrina especializada em agências reguladoras, Direito Tributário e Direito Econômico, bem como examinados acórdãos do Tribunal de Contas da União e pesquisas, relatórios e estudos nacionais já realizados nas searas da independência orgânica e da autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras federais brasileiras. Também foram analisados projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, que propõem alterações no modelo de governança da Susep e nas leis que tratam da gestão financeira e orçamentária das agências reguladoras. Por fim, concluiu-se que, embora a criação de uma agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização possa contribuir para a superação de problemas associados ao modelo atual de governança da Susep, tal modelo não trará uma solução definitiva para os problemas atualmente existentes na Susep no que diz respeito à ausência de efetiva autonomia financeira e orçamentária do órgão.

* Advogada. Artigo elaborado com base na dissertação de mestrado da autora, apresentada em 2016 à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Área de concentração: Direito da Regulação.

Abstract: This article is based on the author's master's thesis, which had as its object the study of the governance model of the Superintendence of Private Insurance – Susep. The study originated in exploratory research through interviews with executives who work and have extensive experience in the private insurance industry, reinsurance, open private pension and capitalization. As the observations made in interviews, the main characteristic problems of the current governance model of Susep are no organizational independence and no financial and budgetary autonomy. This work has deepened in the national literature understanding these characteristics within the Brazilian federal regulatory agencies, in contrast to the current peculiar characteristics of the governance model of common autarchy, like the Susep. The model of regulatory agencies was chosen because most of the interviewees expressed understanding in the sense that the adoption of the regulatory agency model would be the most appropriate for the sector. Specialized law and doctrine regulatory agencies were consulted, so as Tax and Economic Laws. There were examined judgments of the Court of Audit and researches, national reports and studies carried out in the fields of organic independence and financial autonomy and budget of Brazilian federal regulatory agencies. There were also analyzed bills pending in Congress that propose changes in the governance model of the Susep and laws dealing with financial management and budget of the regulatory agencies. Finally, it was concluded that although the creation of a regulatory agency for the private insurance industry, reinsurance, open private pension and capitalization can contribute to overcoming problems associated with the current model of governance of Susep, such a model will not bring a definitive solution to the current problems in the Susep regarding the lack of effective financial and budgetary autonomy of the organ.

Palavras-Chave: Autarquia. Agência reguladora. Independência. Autonomia. Regulação. Seguros. Resseguro. Previdência complementar aberta. Capitalização.

Keywords: Autarchy. Regulatory agency. Independence. Autonomy. Regulation. Insurance. Reinsurance. Open pension funds. Capitalization.

1. Breves considerações sobre as autarquias comuns e as autarquias especiais

As autarquias são pessoas jurídicas administrativas, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por lei para o desempenho de funções específicas.

O art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967¹, que traz o regime jurídico geral das entidades federais, estabelece que:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. [...].

As autarquias possuem as seguintes características: (i) criação por lei; (ii) personalidade jurídica de Direito Público, que tem início quando a lei entra em vigor; (iii) capacidade de autoadministração, nos limites da lei; (iv) especialização dos fins ou atividades, que as impede de exercerem atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas e (v) sujeição a controle ou tutela, para assegurar que não se desviem dos seus fins institucionais.

A lei de criação da autarquia lhe outorga direito próprio para agir com autonomia. Além de possuírem autonomia de gestão e pessoal especializado, as autarquias detêm patrimônio e receita próprios, que são por elas geridos.

Os dirigentes das autarquias comuns são livremente nomeados e exonerados pelo Chefe do Poder Executivo ou seu auxiliar direto. Em âmbito federal, nos termos da alínea “a” do parágrafo único do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/1967, compete ao Ministro a nomeação de dirigente de entidade da Administração Indireta, embora em alguns casos tal nomeação caiba ao Presidente da República. Os dirigentes são investidos nos respectivos cargos na forma que a lei ou o seu estatuto estabelecer.

Por sua vez, o controle autárquico, que corresponde à vigilância, orientação e correção que a entidade estatal exerce sobre os atos e as condutas dos dirigentes de suas autarquias, é limitado pela lei que o estabelece, para não suprimir a autonomia administrativa das autarquias.

São prerrogativas das autarquias, dentre outras: imunidade de impostos sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, “a” da CF/1988), prescrição quinquenal das dívidas e direitos em favor de terceiros contra as autarquias e ação regressiva contra seus servidores em razão de indenização paga a terceiros por prejuízos causados por aqueles (art. 37, § 6º da CF/1988).

As autarquias de natureza especial, por sua vez, possuem prerrogativas especiais, conferidas pela lei, que as diferenciam das autarquias comuns.

1 - Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho², embora os autores não tracem linhas rigorosamente idênticas sobre as prerrogativas das autarquias especiais, podem ser assim consideradas: o poder normativo técnico, a autonomia decisória, a independência administrativa e a autonomia econômico-financeira.

No presente artigo são relevantes as prerrogativas da independência administrativa ou orgânica e da autonomia econômico-financeira. A primeira é caracterizada pelo fato de os dirigentes da autarquia possuírem investidura a termo, sendo nomeados por prazo determinado, fixado em lei. Desta forma, os dirigentes têm certa estabilidade em seus cargos. São nomeados pelo Presidente da República, mas a investidura depende de prévia aprovação pelo Senado Federal. A prerrogativa da autonomia econômico-financeira demonstra que as autarquias especiais possuem recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos, de acordo com os seus fins.

As agências reguladoras, criadas no Brasil a partir da década de 90, são autarquias de privilégio especial, instituídas por lei no âmbito da Administração Indireta como autarquias sob regime especial. Têm por funções básicas o controle e a fiscalização das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos e que exercem atividades econômicas.

Importante frisar que a lei criadora da agência deve delimitar toda a competência delegada pelo legislador à agência reguladora. A organização da agência opera-se pelo Decreto que aprova o regulamento ou o estatuto da entidade que, por sua vez, deverá estabelecer os requisitos necessários à implantação da agência reguladora. O referido Decreto não poderá, jamais, alargar as competências delegadas na lei criadora da agência.

2. Breves considerações sobre a independência orgânica e a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras federais brasileiras

Em 26 de junho de 2019, foi publicada, com vetos, a Lei nº 13.848³, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Considerada o novo marco legal das agências reguladoras no País, a referida lei promoveu alterações na Lei nº 9.986/2000,

2-CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 507, 509 e 510.

3-A Lei nº 13.848/2019 entrará em vigor no dia 24/09/2019; portanto, em data posterior à elaboração do presente artigo. Além disso, o Congresso Nacional ainda apreciará os vetos apostos à Lei, podendo mantê-los ou derrubá-los.

que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, bem como nas leis instituidoras das agências reguladoras federais e na Medida Provisória nº 2.228-1/2001, que criou a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

Nos termos do caput do art. 3º da Lei nº 13.848/2019:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela

ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e

pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas

demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

A direção colegiada das agências reguladoras é exercida por um Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada, composta por até 04 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 01 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral.

Com a edição da Lei nº 13.848/2019, os dirigentes passaram a ser nomeados para mandatos fixos e não coincidentes, pelo prazo de 05 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvada a hipótese de vacância de cargo, em que o sucessor que completará o mandato por prazo igual ou inferior a 02 (dois) anos terá direito à recondução. Antes das alterações introduzidas pela Lei nº 13.848/2019, os prazos dos mandatos eram estabelecidos pela lei instituidora da agência e era permitida a recondução ao cargo uma única vez.

Com as modificações implementadas pela referida Lei, durante o período de vacância que anteceder a nomeação de novo titular do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, exercerá o cargo vago um dos 03 (três) integrantes de uma lista de substituição indicada pelo Conselho Diretor ou pela Diretoria Colegiada da agência ao Presidente da República. Ausente a designação até 31 de janeiro do ano subsequente à indicação, exercerá o cargo vago, interinamente, o Superintendente ou o titular de cargo equivalente na agência reguladora, com maior tempo de exercício na função. Tal medida visa reduzir o tempo de vacância dos cargos de direção, pois quando uma agência permanece por muito tempo sem um ou mais diretores, o seu funcionamento como um todo é prejudicado, já que a vacância pode ser considerada um mecanismo de interferência no funcionamento da agência, ou de diminuição de sua capacidade decisória.

A Lei nº 13.848/2019 não admite a exoneração *ad nutum*, ou seja, a livre exoneração dos dirigentes da agência, fato caracterizador da estabilidade dos mesmos. Além de serem indicados pelo Chefe do Poder Executivo, os dirigentes das agências reguladoras serão por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, “f” da Constituição Federal, entre cidadãos brasileiros, de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade. Para serem nomeados, os dirigentes deverão ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual houve a indicação, além de experiência profissional de, no mínimo, 10 (dez) anos no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou de 10 (dez) anos como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou de 04 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: (i) cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; (ii) cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; ou (iii) cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa.

Terminado o mandato ou exonerado o dirigente, segue-se um período de seis e não mais de quatro meses, contado da exoneração ou do término do mandato, em que o ex-dirigente fica impedido de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência. Durante o impedimento, denominado quarentena, permanece vinculado à agência reguladora, fazendo jus à remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto⁴, a quarentena é um dos principais elementos para a efetivação da independência do órgão regulador perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada.

A perda de mandato se dá nos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, condenação em processo administrativo disciplinar ou por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º-B da Lei nº 9.986/2000, introduzido pela Lei nº 13.848/2019, quais sejam: (i) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; (ii) exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários; (iii) participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho

4-MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: Carlos Ari Sundfeld (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; (iv) emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; (v) exercer atividade sindical; (vi) exercer atividade político-partidária e (vii) estar em situação de conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. As vedações ao exercício de atividade sindical e de atividade político-partidária têm por objetivo afastar o dirigente de qualquer atuação com conotação política.

As agências possuem autonomia decisória, consubstanciada na competência de proferirem decisões técnicas e especializadas no âmbito de sua atuação. O Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada da agência reguladora é a última instância decisória administrativa e delibera pela maioria absoluta dos votos de seus membros.

Com o advento da Lei nº 13.848/2019, as reuniões deliberativas do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada da agência passaram a ser públicas e gravadas em meio eletrônico, ressalvados os casos que envolvam documentos classificados como sigilosos e matéria de natureza administrativa.

Ainda quanto ao processo decisório das agências reguladoras, a Lei nº 13.848/2019 dispõe que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. As minutas e as propostas de alteração desses atos normativos de interesse geral também serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo Conselho Diretor ou pela Diretoria Colegiada da agência. A referida Lei também prevê que a agência, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para a formação de juízo e a tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

As agências reguladoras também possuem independência orgânica perante o Poder Executivo e função regulatória em relação à matéria específica atribuída por lei.

A independência orgânica envolve a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controle hierárquico, para que a agência realize as atividades de regulação sem a ingerência do núcleo do Poder Executivo.

As agências reguladoras possuem autonomia econômico-financeira, ou seja, detêm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos.

Importante mencionar que a autonomia conferida às agências no exercício de suas competências é necessária para que a entidade possa caracterizar-se como independente.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁵, a independência das agências reguladoras pode ser verificada em relação aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, da seguinte forma: não são plenamente independentes do Judiciário, devido ao princípio da unidade de jurisdição; a independência em relação ao Legislativo limita-se ao poder da lei de fixar a extensão e os limites de sua competência; e no que concerne ao Executivo, a independência decorre da obtenção de receitas próprias e da nomeação dos dirigentes por prazo certo, vedada a exoneração *ad nutum*.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁶, o sistema das agências reguladoras implica que lhes seja outorgada certa independência em relação ao Governo. Se há interferência política deste, o sistema perde a sua pureza e vocação.

As agências possuem independência em relação ao Poder Executivo, nos limites estabelecidos em lei, pois estão sujeitas à tutela ou ao controle administrativo do Ministério a que estão vinculadas. Também estão sujeitas ao princípio da especialidade, na medida em que a agência é um órgão técnico e não político. Além disso, possuem competência fiscalizatória, sancionatória e de dirimir conflitos entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência e entre tais agentes e os usuários dos serviços.

Para os fins deste artigo, entende-se que as agências reguladoras são entidades criadas por lei, no âmbito da Administração Pública Indireta, dotadas de autonomia administrativa e gerencial, patrimonial, decisória, financeira e orçamentária e de independência orgânica frente ao Poder Executivo.

2.1 Sobre a independência orgânica das agências reguladoras federais brasileiras

A atividade do órgão regulador deve se desenvolver com independência do poder político, para que a agência não se transforme em instrumento do jogo político.

5 - Cf. COZENDEY, Gabriel. *As Agências Reguladoras Federais*. In: GUERRA, Sérgio e SAMPAIO, Patrícia (organizadores). *Processo Administrativo nas Agências Reguladoras: Uma proposta de Disciplina Legislativa*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016, p. 15 e 16.

6 - Ibidem, p. 521.

Para o professor argentino Jorge Luis Salomoni, cujo texto foi traduzido por Conrado Hübner Mendes⁷:

As autoridades independentes se caracterizam por duas notas fundamentais: independência em relação ao Governo e neutralidade política de sua gestão. [...]. Para assegurar a neutralidade da gestão, isto é, para que não atuem de acordo com razões políticas, mas sim técnicas, se lhes confere independência orgânica e funcional em relação ao Governo, outorgando-lhes distintos tipos de garantias: impossibilidade de remoção de seus membros, proibição de que se lhes dirijam ordens ou instruções, recursos próprios etc.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto⁸, a independência das agências se concretiza mediante alguns instrumentos essenciais, quais sejam: a estabilidade dos dirigentes, a autonomia de gestão do órgão, o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, a não vinculação hierárquica a qualquer instância de Governo e a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

A estabilidade dos detentores de cargos de direção nas agências reguladoras é evidenciada pela existência de mandatos fixos, com a consequente inamovibilidade durante o período do mandato, e pela vedação à exoneração *ad nutum*. Portanto, a estabilidade, que se traduz num dos fundamentos da independência da agência reguladora, garante que os dirigentes permanecerão no cargo até o término dos respectivos mandatos, salvo nos casos de perda de mandato, conforme previsto na Lei nº 9.986/2000, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.848/2019.

Desta forma, independentemente da força política que estiver governando o País, é assegurado aos dirigentes das agências reguladoras permanecerem no cargo até o final do mandato. Além disso, é importante mencionar que administradores não garantidos por mandato geralmente são mantidos no cargo em virtude de apadrinhamentos políticos e negociações parlamentares.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁹, ao tratar das agências como Autoridades Reguladoras Independentes, consigna que:

7 - Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador), *ibidem*, p. 135.

8 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 88.

9 - *Ibidem*, p. 59.

A direção colegiada, ademais, permite um maior pluralismo de representação dentro dos órgãos reguladores (com membros indicados por distintas forças políticas ou mediante alternância dos processos de nomeação), além de assegurar que o órgão regulador absorva as mudanças no cenário político gradualmente, sem rupturas ou alternâncias bruscas na orientação regulatória (o que se consegue com o descasamento dos mandatos, o que só é possível num cenário de direção colegiada).

Inexistindo independência na gestão, não haverá independência no exercício das atividades-fins da agência. Ainda nas palavras do referido autor¹⁰:

A independência orgânica pertine ao exercício das atividades-fins da agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor.

A indicação política para cargos de direção também está presente nas agências reguladoras. Porém, a sabatina pelo Senado Federal das pessoas indicadas pelos respectivos Ministérios torna o procedimento mais transparente e democrático, reduzindo as chances de captura dos dirigentes de autarquias especiais pelo Poder Público.

Relativamente à importância da aprovação dos nomes pelo Senado Federal, ensina Paulo Roberto Ferreira Motta¹¹ que “a arguição pública, a ser realizada nas dependências da Câmara Alta, possibilita o controle da sociedade sobre a pessoa do dirigente a ser escolhido, sendo um elemento importante para o exercício da cidadania”.

Refuta-se o argumento de que o chefe do Poder Executivo, por ter sido democraticamente eleito pelo voto da maioria do eleitorado brasileiro, deveria poder trocar os dirigentes das agências reguladoras, responsáveis pela implantação das políticas governamentais, devido às dificuldades que poderiam encontrar no desempenho de suas funções ao se defrontarem com Governos de outras forças políticas.

Atribuir tal poder ao Chefe do Executivo subverte a estrutura de funcionamento das agências. Se o Presidente da República pudesse exonerar livremente os dirigentes de uma agência reguladora federal, estes certamente agiriam de acordo com as preferências daquele. Além disso, o Chefe do

10-Ibidem, p. 73.

11-MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

Poder Executivo federal estaria sempre motivado a interferir nas agências para que as decisões destas não confrontassem as políticas macroeconômicas ou sociais delineadas pela Administração Pública.

A independência das agências protege o regulador dos interesses governamentais de ocasião e dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado, conforme destaca Floriano de Azevedo Marques Neto¹².

Ainda de acordo com o autor¹³, a regulação é um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Assim, um órgão regulador deve ter independência suficiente para se opor ao interesse de um governante, ou seja, para não ser instrumento de política de um Governo.

Leciona Paulo Roberto Ferreira Motta¹⁴ que a independência para o bom desempenho do cargo requer a independência funcional do dirigente autárquico em relação ao Ministério ao qual a agência está integrada organicamente ou à Presidência da República.

Assim, a independência das agências é crucial para a sua eficiência, na medida em que tal independência distancia as agências da ação política de Governo, já que são criadas para exercer papel técnico e não político, repita-se. Mas isso não significa que as agências poderão gerir em contraposição às políticas administrativas governamentais.

Embora independentes, as agências reguladoras estão sujeitas ao controle administrativo do Ministério a que estão vinculadas, uma vez que a independência não é sinônimo de imunidade aos controles institucionais.

2.2. Sobre a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras federais brasileiras

A autonomia financeira das agências reguladoras lhes é atribuída pela própria lei instituidora da respectiva agência, que também lhe comina autonomia orçamentária, caracterizada pelo envio da proposta de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada.

Tais autonomias têm por objetivo dotar as agências de liberdade para planejarem, arrecadarem e utilizarem os seus recursos de modo a atender às suas finalidades, garantindo independência às agências em sua atuação e afastando-as de influências externas, eminentemente de cunho político.

12 - Ibidem, p. 68.

13 - Ibidem, p. 70 e 71.

14 - Ibidem, p. 103.

A Constituição Federal, em seu art. 165, define os instrumentos de planejamento e orçamento a serem adotados pelos entes da Administração Indireta, com base no Plano Plurianual - PPA, na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e na Lei Orçamentária Anual - LOA, todos harmônicos entre si.

As agências reguladoras, por serem autarquias especiais e por integrarem a Administração Indireta, estão sujeitas ao PPA, à LDO e à LOA.

O Plano Plurianual, previsto no inciso I do art. 165 da CF/1988, é uma tentativa de planejamento do Estado, com vistas a obter um controle das receitas e despesas públicas, de modo a atingir os objetivos pretendidos pelo próprio Estado, tais como a realização de investimentos para o desenvolvimento econômico e de gastos com a saúde, a educação e a seguridade social. O PPA, que dura quatro anos, estabelece a previsão de alocação dos recursos orçamentários nas funções de Estado, em programas de Governo e junto a órgãos públicos. O Plano Plurianual consubstancia, portanto, as diretrizes, as metas e os objetivos que a Administração Pública deve perseguir com vistas ao desenvolvimento do País, fazendo a alocação eficiente de recursos públicos.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, prevista no inciso II do art. 165 da CF/1988, determina as metas e prioridades da Administração para cada exercício. A LDO disciplina a execução orçamentária e as metas fiscais, tendo como principal objetivo orientar a elaboração da LOA.

A Lei Orçamentária Anual, prevista no inciso III do art. 165 da CF/1988, traz detalhadamente, rubrica por rubrica, as fontes de recursos que farão frente a cada uma das despesas. A LOA estima o montante de recursos a serem arrecadados pelos órgãos e entidades públicas e fixa o montante a ser aplicado nos programas de trabalho dos órgãos e entidades. Além de conter a previsão das receitas e a autorização de despesas, a LOA estabelece planos, metas e prioridades da Administração Pública. Possui caráter temporário, já que seu prazo de eficácia se extingue no exercício financeiro.

As agências reguladoras têm seu orçamento regido pelo disposto no § 5º do art. 165 da CF/1988:

Art. 165. [...]

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive

fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O orçamento é uno para todas as entidades integrantes da Administração, já que a Constituição estabelece que a Lei Orçamentária Anual compreenderá todos os orçamentos.

Os procedimentos financeiros das autarquias seguem as regras de contabilidade pública aplicáveis à Administração Direta do Estado, estando sujeitas, portanto, às normas gerais de direito financeiro, constantes da Lei nº 4.320/1964, e à Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 1º, § 3º, I, “b”).

A Lei nº 4.320/1964, que trata das normas orçamentárias e financeiras para todas as pessoas federativas, dispõe que os orçamentos das autarquias e de outras entidades descentralizadas se vinculam ao orçamento-programa anual das pessoas políticas de que se originam. Também dispõe a referida lei que os saldos positivos dessas entidades descentralizadas são receitas da Administração Direta a que estejam vinculadas, não podendo aquelas adotarem regime orçamentário e financeiro diferentes do regime geral.

Além disso, a Lei Complementar nº 101/2000, aplicável às Administrações Direta e Indireta, exige que a realização de despesas seja feita de acordo com a Lei Orçamentária Anual.

Uma vez elaborada a proposta orçamentária pela agência, esta é encaminhada ao Ministério ao qual se encontra vinculada, que a submete ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, órgão responsável pela centralização e consolidação das propostas orçamentárias e pela elaboração do projeto da LOA a ser encaminhado ao Congresso Nacional.

Entretanto, de acordo com Leonardo José Mattos Sultani¹⁵, as autarquias especiais, apesar de possuírem fontes próprias de recursos, não têm tido

15-SULTANI, Leonardo José Mattos. *Monografia do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial*. Orientador: Prof. Alexandre Santos de Aragão. Jul./2005, p. 25, 27 e 28.

autonomia para elaborar suas propostas orçamentárias. Segundo o autor, a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração – SPOA, ligada ao Ministério da Fazenda¹⁶, costuma propor, embora não tenha competência para tanto, alterações nos orçamentos definidos pelas entidades autárquicas, devolvendo a proposta orçamentária às mesmas, para que estas a adequem aos valores determinados pela SPOA, que, em geral, são inferiores à estimativa de arrecadação.

Caso as autarquias não procedam às referidas alterações, a própria Secretaria redimensiona o orçamento, antes de encaminhá-lo ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Logo, independentemente do planejamento elaborado pela autarquia especial, ocorre uma intervenção, tanto do Ministério ao qual ela está vinculada, quanto do MPOG, no conteúdo da proposta apresentada, de sorte que a proposta orçamentária encaminhada ao Congresso Nacional é elaborada pelos Ministérios e não pela autarquia, ferindo a sua autonomia orçamentária.

A Lei nº 13.848/2019 pretendeu atribuir maior autonomia orçamentária às agências reguladoras, ao prever no § 1º do art. 3º que cada agência reguladora deverá corresponder a um órgão setorial do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, dentre outros Sistemas. Assim, parece que as agências terão maior autonomia para elaborar seus orçamentos. Entretanto, a lei não prevê como se dará tal autonomia, nem esclarece se as agências terão rubricas próprias na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual da União.

Além disso, foi vetado pelo Presidente da República o art. 46 da Lei nº 13.848/2019, que propunha a alteração do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.180/2011¹⁷, para prever expressamente que as agências reguladoras federais seriam órgãos setoriais, ou seja, unidades de planejamento e orçamento do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal.

Assim, apenas na prática e após a apreciação do referido veto pelo Congresso Nacional, será possível avaliar se efetivamente não haverá qualquer interferência nas agências reguladoras por parte do respectivo Ministério ou do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, tanto na elaboração quanto na adequação de seus orçamentos.

16-Com o advento do Decreto nº 9.745/2019, foi criada a Subsecretaria de Planejamento Governamental, ligada ao Ministério da Economia, com competências similares à da antiga Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração – SPOA.

17-Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

Quanto à autonomia financeira, leciona Alexandre Santos de Aragão¹⁸ que se a lei não atribuísse tal autonomia financeira às autarquias, frente ao Poder Executivo, não haveria razão para o Estado criá-las como pessoas jurídicas para desempenharem parte de suas funções, bastando que se criasse mais um órgão na sua estrutura hierárquica.

Afirmava Marcos Juruena Villela Souto¹⁹ que, em razão das receitas provenientes das taxas de fiscalização e regulação, a agência não dependeria de recursos orçamentários, embora se submetesse ao custeio pelo sujeito fiscalizado.

Ainda de acordo com Juruena²⁰, a taxa de regulação foi instituída para garantir a autonomia da agência. A referida taxa tem como contribuinte a pessoa que exerce atividades econômicas no segmento regulado. Com isso, não há dependência de recursos orçamentários do Tesouro, já que os recursos ingressam diretamente nos cofres da agência.

Entretanto, nos termos dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 93.872/1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, o produto da arrecadação de todas as receitas da União deverá ser obrigatoriamente recolhido à conta do Tesouro Nacional, no Banco do Brasil, na forma determinada pelo Ministério da Fazenda²¹:

Art. 1º A realização da receita e da despesa da União far-se-á por via bancária, em estrita observância ao princípio de unidade de caixa (Lei nº 4.320/64, art. 56 e Decreto-lei nº 200/67, art. 74).

Art. 2º A arrecadação de todas as receitas da União far-se-á na forma disciplinada pelo Ministério da Fazenda, devendo o seu produto ser obrigatoriamente recolhido à conta do Tesouro Nacional no Banco do Brasil S.A. (Decreto-lei nº 1.755/79, art. 1º).

18 - ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Considerações sobre o Contingenciamento das Agências Reguladoras*. Revista Regulação Brasil - Revista nº 1, Ano 1. Porto Alegre: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2005, p. 25.

19 - SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (organizador). *Ibidem*, p. 125.

20 - *Ibidem*, p. 244.

21 - A Medida Provisória nº 870/2019 criou o Ministério da Economia. Consequentemente, as estruturas dos Ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho passaram a integrar o referido Ministério.

§ 1º Para os fins deste decreto, entende-se por receita da União todo e qualquer ingresso de caráter originário ou derivado, ordinário ou extraordinário e de natureza orçamentária ou extra-orçamentária, seja geral ou vinculado, que tenha sido decorrente, produzido ou realizado direta ou indiretamente pelos órgãos competentes.

§ 2º Caberá ao Ministério da Fazenda a apuração e a classificação da receita arrecadada, com

vistas à sua destinação constitucional.

§ 3º A posição líquida dos recursos do Tesouro Nacional no Banco do Brasil S.A. será depositada no Banco Central do Brasil, à ordem do Tesouro Nacional.

Afora as dotações orçamentárias gerais, as agências reguladoras possuem outras fontes de receitas próprias, além das provenientes da cobrança de taxa de fiscalização, tais como as decorrentes da arrecadação de multas, da venda ou do aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade etc, conforme determinam a lei de criação da agência e o seu decreto regulamentador.

As taxas de fiscalização constituem-se em receitas necessárias à manutenção das agências reguladoras brasileiras, que possuem o dever legal de fiscalizar as atividades desenvolvidas por empresas prestadoras de serviços públicos e por aquelas que desempenham atividades econômicas. A cobrança das referidas taxas visa assegurar a autonomia financeira-orçamentária das agências e, conseqüentemente, sua independência frente ao Executivo.

Segundo Ricardo Lobo Torres²², a cobrança da taxa de fiscalização atende ao princípio do custo-benefício, fundado na ideia de justiça orçamentária. Portanto, nada mais justo do que o pagamento da referida taxa ser suportado pelos entes que demandam do Estado a existência de um arcabouço técnico para a regulação das atividades por eles desempenhadas.

Conforme já mencionado, o exercício da autonomia financeira das agências reguladoras é assegurado através da atribuição de receitas próprias às agências. A Lei nº 9.961/2000, por exemplo, ao criar a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à

22 - TORRES, Ricardo Lobo apud PESSOA, Leonardo Ribeiro. *A Natureza Jurídica das “Taxas de Fiscalização” cobradas por Agências Reguladoras Federais Brasileiras*, p. 4. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/leonardo.ribeiro.pdf> Acesso em: 03 jun. 2016.

saúde, dispôs no art. 17, I e V, respectivamente, que constituem receitas da agência, o produto resultante da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar - TSS e as dotações consignadas no Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos, consignando separadamente os recursos que lhe são próprios e os provenientes do Orçamento-Geral da União.

A cobrança da Taxa de Saúde Suplementar tem como fato gerador o exercício do poder de polícia da agência, consubstanciado na fiscalização das atividades de operadoras de planos privados de assistência à saúde. Essa taxa é devida, portanto, por pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

A Taxa de Saúde Suplementar, que é recolhida anualmente em conta vinculada à ANS, constitui receita própria da agência. Conforme disposto na Lei nº 9.961/2000, caso a referida taxa não seja recolhida em favor da ANS, a Procuradoria da agência promoverá a imediata inscrição da exação em dívida ativa, servindo essa inscrição como título executivo para a cobrança judicial.

Marçal Justen Filho²³, ao tratar da autonomia financeira das autarquias, salienta que, em alguns casos, a lei institui um tributo vinculado em prol da entidade autárquica, ao passo que, em outros, a autarquia dependerá da transferência de recursos do ente a que se vincula, fato que reduz a sua capacidade de formular escolhas autônomas.

Ainda conforme o autor²⁴, a atribuição de autonomia financeira às agências reguladoras por meio da garantia de receitas vinculadas, possibilita a manutenção de sua estrutura e de seu funcionamento independentemente de disputas políticas sobre a distribuição de verbas orçamentárias. Mas como essa característica depende do setor em que a agência atua e das circunstâncias, nem sempre se revela possível a existência dessa autonomia.

O art. 145, II da CF/1988 dispõe que os entes políticos poderão instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia, sendo que o Código Tributário Nacional - CTN traz as normas destinadas a regulamentar a matéria.

23 - FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 260.

24 - Ibidem, p. 703.

Dispõe o art. 77 do CTN que:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Um dos fatos geradores da cobrança de taxa é o exercício regular do poder de polícia, atividade precípua das agências reguladoras. A instituição de taxa de poder de polícia subordina-se ao regime da estrita legalidade, sendo a sua exigibilidade condicionada ao exercício efetivo do poder de polícia e o seu valor balizado pelo custo correspondente.

A taxa é, portanto, um tributo, criado por lei, com vistas a uma fiscalização, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia. Possui caráter vinculado, pois é devida em decorrência de uma prestação estatal específica referida diretamente ao sujeito passivo da obrigação tributária. Também possui caráter retributivo, pois cobrada de acordo com o binômio custo-benefício.

Conforme salientado, as referidas taxas destinam-se a cobrir os custos administrativos com o exercício do poder de polícia para controlar e fiscalizar as atividades privadas autorizadas, permitidas ou licenciadas pela administração pública. Como as agências reguladoras exercem atividade de polícia administrativa, estão autorizadas a cobrar taxas em decorrência dessa atividade.

O recolhimento da taxa de fiscalização tem por objetivo não apenas custear as despesas necessárias ao funcionamento da entidade, como também eliminar a dependência de recursos do orçamento do Tesouro Nacional.

Embora as autarquias comuns e de privilégio especial possuam autonomia financeira, alguns autores advertem que as agências reguladoras vêm experimentando um contingenciamento de recursos pelo Tesouro Nacional para reforçar o superávit fiscal primário do Governo federal, destinado à amortização da dívida pública. Tal fato viola a autonomia financeira assegurada por lei às agências reguladoras, bem como a propriedade e a destinação das verbas regulatórias conferidas às agências.

O contingenciamento é um procedimento utilizado pelo Poder Executivo, que consiste no retardamento ou, ainda, na inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária, em função da insuficiência de receitas. É através do contingenciamento que o Poder Executivo impõe restrições orçamentárias e financeiras aos gastos dos entes da Administração Indireta, abaixo dos limites autorizados pela LOA aprovada pelo Congresso Nacional.

O contingenciamento, previsto na própria Lei de Diretrizes Orçamentárias, proíbe que os órgãos e entes da Administração, dentre eles as autarquias especiais, executem os valores previstos na lei orçamentária.

Observa Paulo Roberto Ferreira Motta²⁵ que os contingenciamentos impedem o pleno funcionamento das atividades preventivas e fiscalizatórias das agências reguladoras, colocando por terra todo o esforço jurídico e econômico de uma regulação despolitizada.

De acordo com José Marcos Domingues²⁶, ao contingenciar as despesas, o Executivo estaria fraudando a Constituição e a separação de poderes. Acrescenta o autor que a jurisprudência e a doutrina norte-americanas condenam o contingenciamento de verbas orçamentárias pelo Executivo. A Suprema Corte tem decidido que o Presidente não tem autoridade para contingenciar fundos em relação aos quais o Congresso tenha determinado o gasto.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto²⁷, o cerceamento da autonomia financeira das agências pelas autoridades fazendárias²⁸, além de comprometer a atividade dos reguladores, produz efeito deletério para as finanças públicas. Um dos efeitos perversos do contingenciamento é o atingimento das ações finalísticas da agência, relacionadas à fiscalização e à regulação, por exemplo.

Conforme relatório final elaborado por consultor da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil²⁹, sobre os aspectos relevantes da execução orçamentária e financeira das

25 - Ibidem, p. 116.

26 - DOMINGUES, José Marcos. *O Controle do Desvio de Finalidade das Contribuições*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. DTR\2007\762, v. 75, jul/ago. 2007, p. 15

27 - Op. cit., p. 77.

28 - A Medida Provisória nº 870/2019 criou o Ministério da Economia. Consequentemente, as estruturas dos Ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho passaram a integrar o referido Ministério.

29 - DEBUS, Ilvo (consultor). *Agências Reguladoras: aspectos relevantes da execução orçamentária, financeira e fontes de financiamento e análise de desempenho no período 1999-2009 – Relatório Final*. Contrato nº 002/2010 – Avaliação da Execução Orçamentária e Financeira no período de 1999 a 2009. Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória – Pro-Reg. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil – Presidência da República, p. 243.

agências reguladoras, no período compreendido entre 1999 e 2009, a reserva de contingência de fontes vinculadas das agências reguladoras atingiu 37% em relação ao orçamento da União.

Ainda de acordo com o referido relatório, muitas vezes os créditos orçamentários de uma agência não são totalmente executados até o final do exercício, pois são liberados nos últimos meses do ano, interferindo no cronograma de contratação e de licitação, quando for o caso. Desta forma, é recomendado no referido relatório que sejam excluídas do contingenciamento as ações cujos montantes orçamentários estejam diretamente relacionados à obtenção de metas finalísticas específicas, já que não se pode esperar que o gestor cumpra metas se os meios necessários não estiverem ao seu alcance.

Por ser um tributo vinculado, os recursos provenientes da arrecadação da taxa de fiscalização devem ser empregados nas atividades-fim da agência e não em atividades diversas, sob pena de se caracterizar um desvio de finalidade. Por imposição constitucional e legal, os recursos arrecadados com o pagamento das taxas só podem ser empregados nas atividades das próprias agências, sendo por elas geridos no gozo de sua autonomia financeira.

A utilização do valor arrecadado com as taxas para fazer superávit primário, além de representar um desvio direto da sua destinação, pelo emprego em fim diverso daquele para o qual foi concebida, constitui uma tredestinação indireta das taxas regulatórias, na medida em que libera essas verbas para serem utilizadas em outras finalidades. Tal tredestinação é vedada pelo parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que assim dispõe:

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Denota-se de tal dispositivo que, mesmo que a entidade da Administração Indireta não tenha utilizado as verbas no exercício financeiro correspondente, as mesmas continuam vinculadas às atividades específicas a que se destinam. A União é apenas a entidade contabilizadora e repassadora das verbas auferidas pelas agências, não podendo dispor das mesmas para atingir finalidades próprias.

Conforme salientado por Leonardo José Mattos Sultani³⁰, os recursos arrecadados pelas agências reguladoras por meio da Guia de Recolhimento da União – GRU ingressam nos cofres públicos e são posteriormente encaminhados à Secretaria do Tesouro Nacional, que procede ao registro contábil para posterior repasse à entidade de origem. No entanto, tais valores ficam retidos na referida Secretaria até serem repassados aos órgãos e entidades de origem, o que ocorre ao longo do exercício e nem sempre em sua totalidade.

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão³¹:

[...] há um grupo restrito de entidades da Administração Indireta, entre as quais as agências reguladoras, às quais, por decisão do Legislador, foram atribuídos bens e receitas próprias, e, nesses casos, não se configuram, naturalmente, como bens e receitas da União. Por conseguinte, se tais receitas não são da União, não podem ser tratadas como se integrassem o seu patrimônio, fato que ensejaria violação ao direito de propriedade das entidades que efetivamente detêm a sua titularidade. Nesse sentido, cumpre esclarecer que a União, no máximo, realiza a contabilização destes recursos, sem, contudo, poder realizar um juízo sobre a conveniência ou não de deixar que a entidade da Administração Indireta proprietária os utilize na consecução de suas funções legais, sob pena de incorrer em desvio de poder [...].

A apropriação, pelo Tesouro Nacional, de parte dos recursos arrecadados pelas agências reguladoras, além de afrontar a autonomia financeira das agências, inviabiliza a aplicação financeira, que geraria mais receita para a entidade. Além disso, a falta de repasse de recursos em tempo hábil pode comprometer a execução de determinadas atividades.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do contingenciamento de receita vinculada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925, proposta pela Confederação Nacional do Transporte contra o contingenciamento das dotações vinculadas aos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE Combustíveis. O STF reprovou os contingenciamentos, sob argumento de que o Governo central, enquanto mero gestor e repassador dessas verbas, não pode utilizá-las para outras finalidades, como a realização de superávit primário.

30 - Ibidem, p. 36.

31 - Ibidem, p. 37.

Em 2011, o Tribunal de Contas da União diagnosticou, através do Acórdão nº 2.261/2011 – TCU – Plenário, que: as agências se submetem aos ditames gerais do processo orçamentário; são atingidas pelo contingenciamento orçamentário; não existem mecanismos que as diferenciem de outras unidades orçamentárias; em geral, inexistente autossuficiência financeira e, quando há, os recursos são retidos pelo Poder Executivo para alavancar o superávit primário; e não existem mecanismos que garantam estabilidade dos recursos a elas destinados.

Desta forma, o TCU recomendou à Casa Civil que adotasse providências para incrementar as receitas próprias das agências reguladoras deficitárias e analisar os valores das taxas de fiscalização praticadas e das sanções impostas pelas agências superavitárias, de modo a diminuir o valor das taxas de fiscalização, para não onerar demasiadamente os regulados, mantendo o caráter punitivo das sanções impostas no exercício da atividade regulatória.

Com vistas ao incremento da autonomia financeira das agências reguladoras, o TCU recomendou ainda à Casa Civil a realização de estudos com o objetivo de alterar as regras orçamentárias das agências, distinguindo-as, no trato orçamentário, das demais autarquias.

3. Estudo qualitativo acerca do modelo de governança adequado à Susep

O ponto de partida para a consecução do estudo que orientou a dissertação de mestrado foi a realização de entrevistas com executivos do setor econômico de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, com o objetivo de captar a percepção dos mesmos acerca do modelo de governança adequado à Susep. Tendo em vista se tratar de assunto pouco explorado na doutrina, as entrevistas foram conduzidas sob o caráter exploratório, para proporcionar uma visão geral sobre o tema.

Foram entrevistados: um representante da seção brasileira da Associação Internacional de Direito do Seguro - AIDA Brasil, quatro representantes da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNseg, sendo um deles membro da Comissão de Resseguro da Confederação, um representante da Federação Nacional de Capitalização - FenaCap, um da Federação Nacional de Previdência Privada e Vida - FenaPrevi e um da Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg, totalizando oito entrevistados. Essas três Federações, assim como a Federação Nacional de Saúde Suplementar – FenaSaúde são associadas à CNseg. Não foi entrevistado nenhum representante da FenaSaúde, pois o setor de planos e seguros privados de assistência à saúde já é regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

A escolha dos entrevistados obedeceu aos critérios de larga experiência e de ampla representatividade do setor. As pessoas entrevistadas são especialistas técnicos e algumas, também, jurídicos em matéria de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização. Alguns dos representantes das Federações associadas à CNseg já integraram os quadros da Susep, possuindo amplo conhecimento sobre as atividades desempenhadas pela autarquia.

Os entrevistados foram informados sobre a finalidade estritamente acadêmica das entrevistas e que as respectivas identidades seriam mantidas sob sigilo, para assegurar maior espontaneidade e fidedignidade aos relatos. As entrevistas foram realizadas no período de 16 de outubro de 2015 a 24 de junho de 2016. Foi solicitado aos entrevistados que falassem sobre a atuação do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP e da Susep no setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, e que opinassem sobre a criação de uma agência reguladora para o setor.

3.1. Problemas hipotéticos específicos e hipóteses explicativas

Tendo em vista o teor das entrevistas conduzidas, que trouxeram a percepção dos executivos do setor sobre o modelo de governança da Susep, foi possível levantar dois problemas específicos, hipotéticos, que foram enfrentados mediante a formulação de hipóteses, qualitativamente analisadas.

Primeiro problema específico: Na percepção dos atores de mercado, a Susep possui independência em relação ao Governo federal?

Primeira hipótese explicativa: A Susep não é dotada de tal independência.

Para a maioria dos entrevistados, a Susep não possui independência, pois recebe influência política. O Ministério da Fazenda, ao qual a autarquia estava, à época, vinculada, exercia ingerência sobre o órgão, desde a nomeação até a exoneração de seus administradores. Segundo esses entrevistados, não há estabilidade no corpo diretivo da Susep, que é indicado e nomeado de acordo com interesses políticos. A indicação política é um dos maiores problemas existentes na autarquia, pois quando ocorrem mudanças no Governo federal, tem início a disputa por cargos de diretoria na Susep.

Como os dirigentes não possuem mandato fixo e podem ser exonerados a qualquer momento, o setor regulado fica à mercê de mudanças institucionais, e dependente de orientações que venham da nova diretoria, substituída pelo novo governante.

Desta forma, de acordo com a maioria dos entrevistados, o modelo em que a Susep fora criada deve ser aperfeiçoado. A eventual adoção do

modelo de agência reguladora traria maior independência à autarquia para cumprir com objetivos, já que os seus dirigentes teriam mandatos fixos e não coincidentes com o mandato presidencial, gerando estabilidade aos mesmos, que poderiam dar continuidade a projetos em andamento, independentemente de quem estiver governando o País. Essa estabilidade é fundamental para o planejamento regulatório.

Além disso, no modelo de agência reguladora, os dirigentes são sabatinados pelo Senado Federal previamente à nomeação, garantindo que detenham conhecimento técnico adequado ao cargo.

Segundo problema específico: Na percepção dos executivos do setor, a Susep possui autonomia financeira e orçamentária?

Segunda hipótese explicativa: A Susep não possui efetiva autonomia financeira, nem orçamentária.

Segundo a maioria dos entrevistados, a Susep não detém efetiva autonomia financeira, nem autonomia orçamentária para administrar os próprios recursos. Os valores que a Susep arrecada com a taxa de fiscalização ingressam na conta única do Tesouro Nacional e, para utilizá-los, a autarquia depende da distribuição orçamentária feita pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. E, como a autarquia não possui dotação orçamentária própria, sujeita-se a contingenciamentos pelo Poder Executivo. Desta forma, a capacidade operacional da autarquia é limitada, já que não consegue desenvolver todas as suas necessidades em termos tecnológicos e de infraestrutura para o seu adequado funcionamento.

Para a maioria dos entrevistados, a eventual adoção de um modelo de agência reguladora pela autarquia lhe traria autonomia financeira e orçamentária, contribuindo para o seu planejamento e desenvolvimento no mesmo passo em que avança o mercado de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização.

4. Análise Crítica

As diferenças entre as autarquias comuns, dentre as quais a Susep, por suas características, e as especiais, conduzem ao fato de que as autarquias comuns detêm menor capacidade de reagir às demandas de um mercado regulado.

Um dos fatores que demonstra a necessidade de alteração do modelo regulatório da Susep é a ausência de independência orgânica da autarquia perante o Poder Executivo federal, uma vez que o superintendente e os diretores da referida autarquia, indicados pelo Ministério da Economia, são nomeados pelo Presidente da República, que poderá, ao seu alvedrio,

exonerá-los livremente, sendo, portanto, os dirigentes, carecedores de estabilidade. Tanto a escolha, eminentemente política, quanto a possibilidade de exoneração, a qualquer tempo, dos dirigentes da Susep, fazem da autarquia um órgão político, sujeito às vicissitudes governamentais e, portanto, fragilizado perante o setor regulado e a sociedade.

A aprovação, pelo Senado Federal, dos nomes dos dirigentes do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, previamente à nomeação pelo Presidente da República, é ato característico das autarquias especiais, dentre elas as agências reguladoras, que não ocorre na Susep.

A maioria dos entrevistados, executivos que atuam no setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, manifestou entendimento no sentido de que a Susep não é dotada de tal independência, não estando o órgão blindado das interferências políticas.

Ainda de acordo com a maioria dos entrevistados, uma possível solução para a aquisição de independência orgânica pela autarquia seria a criação de uma agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, pois os diretores dessa agência teriam um mandato fixo, que em princípio afastaria maiores interferências políticas. Tal fato traria maior segurança para o setor regulado, pois os dirigentes da agência não seriam substituídos por pressões políticas, nem ficariam à mercê de mudanças institucionais. O mandato daria estabilidade aos dirigentes, que teriam tranquilidade para fazer planejamento regulatório e completar seu ciclo de trabalho. Outro aspecto relevante é que os mandatos teriam prazos intercalados com o mandato do Presidente da República, para evitar a alteração de toda a administração de uma única vez e garantir a continuidade dos trabalhos em desenvolvimento, independentemente de quem ocupe a chefia do Poder Executivo federal. Além disso, a necessidade de prévia sabatina pelo Senado Federal proporcionaria a nomeação de pessoas tecnicamente preparadas, com notório saber e reputação ilibada, para atuarem no setor. A especialização em matéria de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização é de suma importância para garantir a solvabilidade e a higidez econômica desse mercado.

Considerando que tanto o Superintendente quanto os Diretores da Susep são indicados pelo Ministro da Economia, que a nomeação pelo Presidente da República prescinde da prévia aprovação pelo Senado Federal, que não há mandato para os dirigentes da autarquia e que os mesmos poderão ser livremente exonerados por ato do Poder Executivo, a direção da autarquia recebe forte influência política. Considerando ainda que o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização lida com questões estritamente técnicas, não haveria motivos para interferências políticas nesse setor econômico. Ao longo desse artigo demonstrou-se que a independência orgânica das agências reguladoras é de capital importância

para uma atuação eficiente, em busca do atingimento de sua atividade-fim, de forma afastada das vontades governamentais de ocasião.

Conforme apontam algumas pesquisas exploratórias que analisaram a independência formal e a independência de fato das agências reguladoras federais brasileiras, uma agência é mais independente quando, dentre outros requisitos, (i) o mandato de seus diretores é maior ou igual a quatro anos, (ii) os diretores são indicados de forma compartilhada entre o Presidente da República e o Legislativo, (iii) a demissão dos diretores ocorre após processo transitado em julgado, (iv) não é possível a renovação do mandato, (v) o orçamento é definido pela própria agência e (vi) os diretores têm formação universitária e especialidade na matéria do setor regulado.

Em junho de 2012, o Fundo Monetário Internacional - FMI publicou estudo contendo uma avaliação detalhada sobre a observância dos princípios primordiais do seguro, segundo a Associação Internacional de Supervisores de Seguro³². O referido estudo baseou-se nas leis, nas políticas regulatórias e nas práticas fiscalizatórias empregadas no setor. A avaliação foi informada por discussões com a Susep, Ministros do Executivo e seguradoras, entre outros atores.

Merecem destaque, para fins do presente artigo, as seguintes conclusões do estudo, atinentes à política regulatória do setor: (i) o modelo de governança da Susep contém elementos que minam a independência e a capacidade dos supervisores completarem seu mandato e atingirem seus objetivos e (ii) a Susep necessita de autonomia orçamentária.

O estudo do FMI aponta no sentido de que inexiste na Susep um sistema para a nomeação do Superintendente e dos Diretores, não havendo, ainda, a exigência de requisitos mínimos de qualificação dos mesmos. Tanto o Superintendente quanto os Diretores da autarquia são nomeados e podem ser exonerados a qualquer momento pelo Presidente da República.

O referido estudo também constata que o orçamento anual da Susep precisa ser aprovado pelo Ministro do Planejamento e pelo Congresso Nacional, que leva em consideração a necessidade de superávit primário do Governo. Informa ainda que a Susep carece de recursos financeiros e de pessoal para conduzir uma supervisão efetiva e necessária ao atingimento dos objetivos fiscalizatórios. E, tendo em vista as conclusões desse estudo, o Fundo Monetário Internacional recomendou um reforço na independência operacional da Susep, através da introdução de procedimentos transparentes, que requerem estímulos técnicos na regulação e atribuição de autonomia no uso do orçamento.

32 - *International Monetary Fund. Brazil: Detailed Assessment of Observance of Insurance Core Principles of the International Association of Insurance Supervisors June 2012.*

Considerando o exposto, é possível concluir que o modelo de governança atualmente adotado pela Susep não é o modelo adequado para que o órgão tenha uma governança eficiente. Desta forma, é inegável que a adoção de uma estrutura de autarquia especial - da qual a agência reguladora é espécie -, com as características que lhe são próprias, é fundamental para uma atuação mais eficiente da Susep.

Embora a Lei nº 13.848/2019 tenha aperfeiçoado o modelo das agências reguladoras federais brasileiras, é certo que aprimoramentos ainda se fazem necessários para melhorar o desempenho das agências. Tal necessidade é evidenciada pela existência de projetos de lei em tramitação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, com o objetivo de trazer melhorias e avanços para o modelo de agências reguladoras. Alguns desses projetos de lei serão analisados adiante.

Também é certo que inexiste no ordenamento jurídico pátrio uma definição para as autarquias especiais. O Decreto-Lei nº 200/1967, ao elencar, no art. 5º, os órgãos integrantes da Administração Indireta, traz a figura da autarquia comum, dentre outras. Tal diploma precisa ser atualizado para nele serem incluídas as autarquias de natureza especial. Essa matéria é objeto de projeto de lei em tramitação no Senado Federal.

Conforme já mencionado, outro problema da Susep, na percepção da maioria dos executivos do setor entrevistados, é a ausência de autonomia financeira e orçamentária da autarquia. A Taxa de Fiscalização dos Mercados de Seguro e Resseguro, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta, por exemplo, é recolhida diretamente à conta do Tesouro Nacional, dependendo, a autarquia, da distribuição ministerial desses recursos. Desta forma, a Susep não possui efetiva autonomia financeira para aplicar os seus próprios recursos da forma que melhor lhe aprouver. Além disso, considerando que o Poder Executivo está autorizado a contingenciar recursos para fazer frente ao superávit primário, a distribuição orçamentária para a Susep também poderá ficar comprometida.

Esses entrevistados acreditam que a criação de uma agência reguladora para o setor trará maior autonomia financeira e orçamentária para o ente regulador, pondo fim à dependência de recursos do Tesouro Nacional, facilitando o desenvolvimento de projetos novos ou já iniciados, e contribuindo para o planejamento do setor. Dentre esses entrevistados, alguns também ressaltaram a importância de a agência possuir uma dotação orçamentária própria, sob pena de ficar dependente do Governo como órgão mantenedor e, conseqüentemente, não acompanhar o desenvolvimento do mercado segurador brasileiro.

Embora a taxa de fiscalização constitua uma das fontes de receita da Susep, a referida taxa é arrecadada por meio de Guia de Recolhimento da

União – GRU, ingressando, portanto, diretamente no caixa único da União Federal, dependendo a Susep da distribuição desses recursos. A distribuição orçamentária para a Susep geralmente resta comprometida devido aos contingenciamentos perpetrados pelo Poder Executivo.

Fazem-se necessárias, portanto, uma efetiva autonomia financeira, além de autonomia orçamentária para o órgão regulador do setor, para melhor aparelhamento, planejamento e execução de suas atividades, afinal, sem recursos, a autonomia financeira e orçamentária tornam-se mera ficção.

Entretanto, ao contrário do que imagina a maioria dos executivos entrevistados, a eventual criação de uma agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização não resolverá, de fato, o problema relacionado à falta de efetiva autonomia financeira do ente a ser criado e provavelmente também não solucionará a ausência de autonomia orçamentária, a depender, na prática, da aplicação da Lei nº 13.848/2019. Essas autonomias sequer adviriam se se adotasse o modelo de autarquia especial, que não o de agência reguladora.

Tal situação decorre do fato de as agências reguladoras e as autarquias federais brasileiras não gozarem, efetivamente, de autonomia financeira, nem orçamentária, sendo premente que a legislação brasileira garanta essas autonomias, através de alterações na Lei Complementar nº 101/2000³³ e na Lei nº 4.320/1964³⁴.

Sendo certo que a autonomia financeira está diretamente relacionada à autonomia orçamentária, importante mencionar que está em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 4.708/2016, que estabelece rubricas orçamentárias próprias para as agências reguladoras federais, distintas das dos Ministérios aos quais estão vinculadas. Prevê o referido PL que as agências reguladoras possuirão rubricas próprias na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual da União, sendo que, na LDO, terão a qualidade de órgão e não de unidade orçamentária dentro dos respectivos Ministérios. Como órgãos de Estado que são, as agências reguladoras devem ter rubricas orçamentárias independentes.

Tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 387/2015, de natureza complementar, com o objetivo de alterar a Lei nº 4.320/1964, o Decreto-Lei nº 200/1967 e a Lei Complementar nº 101/2000, para dispor sobre a autonomia financeira e orçamentária das autarquias especiais.

33 - Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

34 - Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Quanto à alteração do Decreto-Lei nº 200/1967, o projeto propunha o acréscimo do inciso V ao art. 5º do referido diploma legal, para prever a figura da autarquia especial como ente integrante da Administração Pública indireta. Para tanto, definia a autarquia especial como um ente dotado de independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes. O projeto também estabelecia que a supervisão ministerial das autarquias especiais seria exercida exclusivamente mediante a adoção das medidas indicadas nas respectivas leis de criação, além das medidas a que se referem as alíneas “f”, “g” e “h” do § 1º do art. 26, quais sejam: fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; e realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade.

O PLS nº 387/2015 propunha, ainda, alterações aos arts. 56 e 108-A da Lei nº 4.320/1964. A proposta de alteração ao art. 56 previa que as receitas legalmente destinadas às autarquias especiais, não observariam, quando do recolhimento, o princípio de unidade de tesouraria, segundo o qual todas as receitas da União devem ser recolhidas à conta única do Tesouro Nacional. Tal dispositivo visava efetivar a autonomia financeira das autarquias especiais, de modo a permitir-lhes o recolhimento e a administração das próprias receitas, sem interferências externas. O fato de as agências reguladoras não possuírem orçamento próprio, somado à obrigatoriedade do recolhimento de recursos ao Tesouro Nacional, permite o controle do Executivo sobre a liberação de recursos às agências e, indiretamente, o controle político sobre as suas decisões, através do condicionamento da liberação desses recursos ao atendimento de orientações governamentais específicas.

A alteração proposta para o art. 108-A determinava que a gestão orçamentária e financeira das autarquias especiais observaria seis princípios, dentre os quais: incorporação, pela Administração Direta, sem alterações, da proposta orçamentária apresentada ao projeto de lei orçamentária; impossibilidade de contingenciamento das despesas autorizadas na lei orçamentária; gestão autônoma das taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia e demais receitas que lhe tenham sido legalmente atribuídas; e depósito das disponibilidades de caixa em conta própria, distinta da conta do Tesouro Nacional.

O PLS nº 387/2015 também propunha a alteração do § 1º do art. 43 da Lei Complementar nº 101/2000, para nele incluir a referência às autarquias especiais, de modo a prever que as disponibilidades de caixa dessas autarquias, além das disponibilidades dos regimes de previdência social, ficariam depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos

limites e condições de proteção e prudência financeira. Entretanto, o PLS nº 387/2015 foi arquivado em dezembro de 2018.

Em maio de 2016, o Poder Executivo apresentou perante a Câmara dos Deputados o PL nº 5.277/2016, que propõe a alteração do Decreto-Lei nº 73/1966, para tratar da governança da Susep e da alteração da competência e da composição do CNSP. Esse PL pretende acrescentar os incisos XIX e XX ao art. 32 do Decreto-Lei nº 73/1966, que trata das competências privativas do Conselho Nacional de Seguros Privados, de modo a prever, no inciso XX, que competirá ao CNSP fixar a orientação geral a ser observada pela Susep no exercício de suas atribuições. O PL também propõe a alteração do art. 33 do DL nº 73/1966, que traz a composição do CNSP, para nela incluir um representante da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda³⁵. O funcionamento do CNSP continuará regulado em Regimento Interno.

O projeto pretende alterar, ainda, o art. 35 do DL nº 73/1966, que trata da natureza jurídica da Susep, para prever que a mesma será uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda³⁶, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária.

Também consta do PL a previsão de que a Susep será administrada por um Conselho Diretor, formado por um Presidente e por quatro Diretores, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, entre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de seguros privados e resseguros, previdência complementar aberta ou capitalização. O mandato dos dirigentes da Susep será de cinco anos, vedada a recondução, devendo ser renovado a cada ano um quinto dos membros do Conselho. Na composição do primeiro Conselho Diretor da Susep com mandatos fixos e não coincidentes, o Presidente e os quatro Diretores serão nomeados, respectivamente, com mandatos de cinco, quatro, três, dois e um ano, sendo que a posse do primeiro Conselho Diretor deverá ocorrer no prazo de até um ano da data de publicação da lei. Os dirigentes perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, de processo administrativo disciplinar ou de inobservância, pelo Presidente ou Diretor, dos deveres e das proibições inerentes ao cargo.

35-A Medida Provisória nº 870/2019 criou o Ministério da Economia. Consequentemente, as estruturas dos Ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho passaram a integrar o referido Ministério.

36-Idem.

Caberá ao Ministro de Estado da Fazenda³⁷ instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, e competirá ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente da Susep, assumirá o Presidente Substituto designado na forma do Regimento Interno da autarquia, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Diretor, assumirá, interinamente, o Diretor Substituto nomeado na forma do Regimento Interno, sem prejuízo de suas atribuições, até ocorrer nova nomeação para completar o mandato do substituído.

A organização interna da Susep constará de seu Regimento Interno, que será aprovado pelo Conselho Diretor e no qual serão fixadas as atribuições e os deveres do Presidente, dos Diretores e do Conselho Diretor. Ao Presidente e aos Diretores é vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional sindical ou de direção político-partidária, exceto a de magistério, desde que em horário compatível, observadas as demais restrições aplicáveis aos servidores públicos federais em geral.

O PL nº 5.277/2016, ao propor a alteração do próprio Decreto-Lei nº 73/1966, transformando a Susep, autarquia comum, em autarquia de natureza especial, demonstra que o atual modelo regulatório por ela adotado não é o ideal para a sua governança. Tivesse sido a opção pela criação de uma agência reguladora, mediante a edição de lei específica, haveria a figura de um único ente, dotado dos poderes de regulação e fiscalização, em substituição ao CNSP e à Susep, melhor consolidando a autonomia normativa desse ente.

O PL nº 5.277/2016 não extingue o CNSP. O setor permanecerá, portanto, com um órgão regulador – o CNSP, e um órgão fiscalizador – a Susep. Embora a competência normativa não pertença a um único órgão, pois tanto o CNSP quanto a Susep têm poder normativo, tal poder não se encontra enfraquecido, pois ambos os órgãos editam, anualmente, diversas normas para o setor. A título de exemplo, nos anos de 2017 e 2018, respectivamente, foram editadas pelo CNSP e pela Susep, cerca de 38 e 29 normas para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, além das 197 portarias publicadas pela Susep em 2017, e 191 em 2018.

Conforme lecionam Aluizio Barbosa, Angélica Carlini e outros³⁸, a divisão da competência normativa entre o CNSP e a Susep gera insegurança jurídica para os regulados, pois além de haver atrasos na emissão de normas pela

37 - Idem.

38 - BARBOSA, Aluizio; CARLINI, Angélica *et al.* *Agências Reguladoras: O Papel do Estado na Economia ao longo da história*. In: CARLINI, Angélica e NETO, Pery Saraiva. *Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro*, Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 187 e 188.

Susep, que não poderá emití-las diretamente em todos os casos, tendo que aguardar reuniões do CNSP para tanto, há normas que, uma vez emitidas pela Susep, *ad referendum* do CNSP, poderão ser posteriormente revogadas ou alteradas quando da apreciação pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

Ressaltam os autores que, embora permaneçam válidos, os atos praticados no período em que a norma vigorou, na forma emitida pela Susep, muitas vezes determinadas normas implicam em adaptações estruturais e onerosas por parte das seguradoras, e uma eventual não aprovação dessas normas pelo CNSP poderá representar novos investimentos pelas seguradoras. Desta forma, concluem pela criação de uma agência reguladora que congregue as funções do CNSP e da Susep, fazendo com que a competência normativa passe a ser de um único órgão.

Conforme já analisado, não basta que a legislação contenha dispositivo no sentido de que a Susep, como autarquia especial, terá autoridade administrativa independente e autonomia financeira e orçamentária. É certo que a previsão de mandatos fixos e não coincidentes para os dirigentes da Susep, vedada a recondução, bem como a perda de mandato em razão de condenação judicial transitada em julgado e a reconhecida competência em matéria de seguros privados e resseguros, previdência complementar aberta ou capitalização, garantem maior independência ao órgão, atualmente inexistente, já que, como visto, a Susep é politicamente influenciada pelo Governo federal. Nesse diapasão, o modelo de autarquia especial, seja ou não na forma de agência reguladora, é mais apropriado que o modelo de autarquia comum, para que o órgão melhor desempenhe as suas atividades e para que o setor regulado se desenvolva.

O modelo de autarquia comum mostra-se igualmente inapropriado em se tratando de autonomia financeira e orçamentária. Entretanto, tais autonomias só estarão efetivamente presentes no âmbito das autarquias especiais, uma vez aprovados os projetos de lei acima analisados, em tramitação no Congresso Nacional, que tratam da matéria, e sancionadas as respectivas leis pelo Presidente da República.

Por fim, cumpre assinalar que as alterações promovidas pela Lei nº 13.848/2019 na Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, não alcançam a Susep, por esta não ser uma agência reguladora. Além disso, como o PL nº 5.277/2016 não trata a Susep como agência reguladora e sim como autarquia especial, a Lei nº 13.848/2019 também não será aplicada à Susep caso o PL nº 5.277/2016 seja aprovado na forma em que se encontra e seja sancionada a respectiva lei.

5. Conclusão

O setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização já é regulado pelo CNSP e fiscalizado pela Susep. Entretanto, a maioria dos entrevistados que trabalha no setor apontou que a atual estrutura de governança da Susep não é a ideal para a atuação do órgão, na medida em que a autarquia não é organicamente independente do Poder Executivo, nem goza de efetiva autonomia financeira, nem orçamentária.

A ausência de independência orgânica decorre do fato de o órgão receber forte interferência política, tendo em vista que seus dirigentes cedem às pressões políticas do Governo federal, desempenhando suas atividades de acordo com as conveniências do poder central. E isto ocorre porque os dirigentes da Susep não gozam de estabilidade, pois não possuem mandato fixo e podem ser exonerados dos respectivos cargos a qualquer momento.

A interferência política no órgão também pode ser observada em razão da ausência de efetiva autonomia financeira e orçamentária da autarquia, pois parte dos recursos que arrecada ingressa na conta única do Tesouro Nacional e seu orçamento integra o do Ministério da Economia. Inobstante a previsão legal do Decreto-Lei nº 200/1967 no sentido de que as autarquias gozam de autonomia financeira, tal autonomia não se opera na prática. No caso da Susep, por exemplo, os recursos advindos da arrecadação com taxas de fiscalização cobradas do mercado regulado, ingressam diretamente na conta única do Tesouro Nacional, para posterior distribuição à autarquia. E, além de a autarquia depender da distribuição dos recursos das taxas de fiscalização, seu orçamento pode ser contingenciado pelo Poder Executivo, para atingimento do superávit primário, já que a Susep também não possui autonomia orçamentária.

Ora, a utilização da taxa de fiscalização para contribuir com a formação do superávit fiscal, via contingenciamentos, viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, da moralidade e da boa-fé.

Diante dos principais problemas expostos pelos entrevistados, foram analisados a estrutura de governança da Susep, autarquia comum, comparando-a com o modelo de autarquia especial, na modalidade de agência reguladora. Foram também analisados os principais aspectos da independência orgânica e da autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras, pois estas características não são observadas no modelo autárquico da Susep. Em sua maioria, os entrevistados manifestaram entendimento no sentido de que seria positivo para o setor a alteração do modelo de governança da Susep, de autarquia comum para agência reguladora, embora alguns deles não tenham vislumbrado distinções práticas quanto à referida alteração.

De fato, a criação de uma agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, em substituição ao CNSP e à Susep, é positiva na medida em que os dirigentes dessa agência terão mandatos fixos, gozarão de estabilidade e serão tecnicamente preparados, eis que, tendo seus nomes indicados pelo Ministério da Economia, serão sabatinados pelo Senado Federal antes da nomeação pelo Presidente da República. A existência desses mandatos, não coincidentes com o do Presidente da República, garantirá maior imparcialidade nas decisões dos diretores, que não estarão adstritos aos comandos do Governo central, embora tenham que seguir as diretrizes traçadas pelo respectivo Ministério ao qual a agência estará vinculada.

A especialização e experiência técnica anterior dos dirigentes no mercado regulado, respeitado o período de quarentena, são essenciais para o bom desempenho das atividades do regulador, não podendo os diretores ocuparem os respectivos cargos em razão de meras indicações políticas. Uma atuação eficiente das agências reguladoras exige, dentre outros requisitos, que elas sejam tecnicamente capacitadas e que estejam protegidas de ingerências político-partidárias.

Quanto a esses aspectos, a criação de uma agência reguladora para o setor aprimorará os mecanismos regulatórios do mercado segurador brasileiro. Entretanto, embora o nível de independência das agências reguladoras federais brasileiras seja relativamente alto, na prática as agências sofrem interferência política em razão da ausência de efetiva autonomia financeira e orçamentária.

Portanto, a criação de uma agência reguladora para o setor não trará efetiva autonomia financeira, nem orçamentária para o ente a ser criado, pois o modelo das agências reguladoras federais brasileiras não lhes atribui essas autonomias efetivamente, sendo certo que com a publicação da Lei nº 13.848/2019, apenas na prática e após a apreciação dos vetos pelo Congresso Nacional, será possível verificar se as agências reguladoras gozarão, efetivamente, da autonomia orçamentária prevista no § 1º do art. 3º da referida Lei, que lhes atribui a qualidade de órgãos setoriais dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, dentre outros Sistemas.

A ausência de efetiva autonomia financeira reflete-se no desempenho das funções regulatórias das agências reguladoras, tornando-as ineficientes e comprometendo a finalidade para a qual foram instituídas. Sem essa autonomia, as agências permanecem dependentes econômica e politicamente da União, não fazendo sentido a sua criação. Além disso, a autonomia financeira objetiva garantir a atuação independente das agências, livrando-as de ingerências externas e dotando-as de liberdade para fazer o seu planejamento, com vistas ao atingimento de seus fins.

Até o momento, a realidade demonstra que as agências reguladoras passam por contingenciamentos orçamentários que, presentes em maior ou menor grau, diminuem a sua autonomia financeira, pois a receita afetada não é uma receita da União e sim das agências.

Diante desse cenário, é possível concluir que, embora seja positiva a criação de uma agência reguladora para o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização, no que toca à sua independência orgânica, tal modelo não trará uma solução definitiva para os problemas atualmente existentes na Susep no que diz respeito, conforme apontado pelos entrevistados que atuam no setor, à ausência de efetiva autonomia financeira e orçamentária do órgão.

O modelo de agência reguladora, embora melhor do que o de autarquia comum, também apresenta problemas. Conforme exposto, apenas através da publicação de leis, cujas proposições legislativas já estão em tramitação no Congresso Nacional, será possível assegurar às agências reguladoras federais brasileiras efetivas autonomias financeira e orçamentária. Se, no momento em que essas leis entrarem em vigor, o setor de seguros privados, resseguro, previdência complementar aberta e capitalização estiver sob a regulação de uma agência reguladora, esta certamente gozará dos aprimoramentos do modelo das agências, que advirão com essas leis, e, conseqüentemente, o setor regulado também será beneficiado.

Entretanto, conforme aponta a notícia abaixo, publicada no jornal “Valor Econômico” de 15/08/2019³⁹, a Susep não deverá adotar o modelo de agência reguladora:

A Autoridade de Seguros e Previdência Complementar (ASPC), nova autarquia que vai consolidar a supervisão dos mercados de seguros e de previdência complementar, terá uma participação mais ativa do Banco Central na fiscalização dos fundos de pensão e seguradoras, apurou o Valor. O entendimento é que o BC possui tecnologia desenvolvida e pode ajudar no processamento de dados, segundo uma fonte envolvida nas discussões da fusão.

Até o fim da semana o ministério da Economia deve encaminhar ao Congresso um projeto de lei para a fusão entre a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc). O resultado dessa união será a criação da ASPC. O encaminhamento do projeto de lei dependia da

39-SCHINCARIOL, Juliana. Banco Central deve fiscalizar seguros e fundos de pensão. Valor Econômico. Disponível em: <https://www.valor.com.br/> Acesso em: 21 ago. 2019.

aprovação da reforma da Previdência na Câmara dos Deputados. Segundo essa fonte, a expectativa é que seja aprovado ainda em 2019.

Essa nova estrutura regulatória a ser criada colocará, portanto, sob a supervisão da Autoridade de Seguros e Previdência Complementar, as seguradoras, resseguradoras, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e os fundos fechados de previdência complementar, sendo estes últimos regulados e fiscalizados pela Previc. A ASPC será uma autarquia vinculada ao Ministério da Economia, dotada de autonomia técnica, operacional e financeira, que dará as diretrizes gerais do novo marco regulatório do setor, e supervisionará cerca de R\$ 1,9 trilhão de reais em ativos dos setores de seguros e de previdência complementar aberta e fechada.

Ainda que o projeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional preveja que a Autoridade de Seguros e Previdência Complementar terá autonomia financeira, tal prerrogativa não estará efetivamente assegurada pela sua simples menção na lei de criação da ASPC, conforme demonstrado ao longo desse artigo.

Assim, ao se adotar outro modelo, que não o de agência reguladora, a autarquia não será beneficiada pelos aprimoramentos ainda necessários às agências reguladoras federais brasileiras.

6. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Considerações sobre o Contingenciamento das Agências Reguladoras*. In: *Revista Regulação Brasil* - Revista nº 1, Ano 1. Porto Alegre: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/>; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.270, de 10 de dezembro de 1901. Regula o funcionamento das companhias de seguros de vida, marítimos e terrestres, nacionais e estrangeiras. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4270-10-dezembro-1901-523118-republicacao-108661-pe.html>; Acesso em: 03 jul. 2016.

BRASIL. Decreto nº 9.745, de 08 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das

Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9745.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 22.456, de 10 de fevereiro de 1933. Regula as sociedades de capitalização e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22456.htm; Acesso em: 03 jul. 2016.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del200.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.180, de 06 de fevereiro de 2001. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração

Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10180.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/>; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/hpsenado>; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/mercado-supervisionado/entidades-supervisionadas>; Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>; Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>; Acesso em: 31 mai. 2016.

BRASIL. Tudo sobre Seguros. Disponível em: <http://www.tudosobresseguros.com.br/portal/pagina.php?c=1337>; Acesso em: 11 mai. 2016.

CARLINI, Angélica e NETO, Pery Saraiva (Org.). *Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro*, Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DEBUS, Ilvo. *Agências Reguladoras: Aspectos relevantes da execução orçamentária, financeira e fontes de financiamento e análise de desempenho no período 1999-2009 – Relatório Final. Contrato nº 002/2010 – Avaliação da Execução Orçamentária e Financeira no período de 1999 a 2009*. Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória – Pro-Reg. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil – Presidência da República.

DOMINGUES, José Marcos. *O Controle do Desvio de Finalidade das Contribuições*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. DTR\2007\762. vol. 75/207 – Jul/Ago. 2007.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUERRA, Sérgio e SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Processo Administrativo nas Agências Reguladoras: Uma Proposta de Disciplina Legislativa*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

International Monetary Fund. *Brazil: Detailed Assessment of Observance of Insurance Core Principles of the International Association of Insurance Supervisors*. June 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *A Natureza Jurídica das “Taxas de Fiscalização” cobradas por Agências Reguladoras Federais Brasileiras*. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/leonardo.ribeiro.pdf>; Acesso em: 03 jun. 2016.

SULTANI, Leonardo José Mattos. Monografia do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro: *Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial*. Orientador: Prof. Alexandre Santos de Aragão. Jul./2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Crítica à interpretação modular das garantias securitárias no seguro automóvel pelo STJ: Função Social do Contrato

Glauco Iwersen*

Resumo: O artigo em questão, envolvendo contrato de seguro de automóvel com garantia de responsabilidade civil facultativa para terceiros, é uma crítica à recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu por modular a interpretação do contrato securitário, mantendo a negativa de cobertura ao veículo segurado em razão de restar constatada a embriaguez do seu condutor, mas ofertando interpretação diversa à garantia de responsabilidade civil facultativa, a ele acessória, ordenando o pagamento do capital segurado aos terceiros sob o fundamento da função social do contrato.

Summary: The article in question, involving auto insurance agreement with optional third party liability insurance, is a criticism of the recent decision of the Superior Court of Justice, which has considered modifying the interpretation of the insurance contract, maintaining the refusal to cover the insured vehicle as a result of the driver's drunkenness, but offering a different interpretation of the guarantee of optional civil liability, which is ancillary to it, ordering the payment of the insured capital to third parties on the basis of the social function of the contract.

Palavras-chave: Direito Securitário – Seguro Automóvel – Garantia de Responsabilidade Civil Facultativa – Embriaguez do Condutor – Modulação Interpretativa – Princípios Gerais do Direito Contratual – Princípios Gerais do Direito Securitário – Contratos Pós-modernos – Função Social do Contrato. Crítica.

Keywords: Secutory Law – Automobile Insurance – Guarantee of Optional Civil Liability – Conductor Drunkenness – Interpretative

* Advogado, formado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pós graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Positivo, pós graduado em Direito Contratual Empresaria pelo Centro Universitário Positivo, auditor interno NBR ISO 19011:2002 pela A&F Consultores Associados.

1. Introdução:

No final do ano de 2018 o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão que pode afetar, e muito, o equilíbrio financeiro das seguradoras e desvirtuar perigosamente o instituto securitário, ao permitir que o terceiro, vítima de acidente de trânsito provocado por veículo segurado, com cobertura de RCF (Responsabilidade Civil Facultativa) inserida no contrato de seguro automóvel, receba a indenização securitária por essa cobertura, nos limites da apólice, inobstante restar configurada a embriaguez do condutor segurado quando do sinistro.

O entendimento, vencido por maioria, em apertada síntese, foi justificado na necessidade de uma nova leitura do Código Civil de 2002, notadamente levando-se em consideração a função social do contrato, cuja ementa restou assim consignada, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. GARANTIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CAUSA DO SINISTRO. EMBRIAGUEZ DE PREPOSTO DO SEGURADO. DEVER DE INDENIZAR DA SEGURADORA. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. INEFICÁCIA PARA TERCEIROS. PROTEÇÃO À VÍTIMA. NECESSIDADE. TIPO SECURITÁRIO. FINALIDADE E FUNÇÃO SOCIAL.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).
2. A questão controvertida na presente via recursal consiste em definir se é lícita a exclusão da cobertura de responsabilidade civil no seguro de automóvel quando o motorista, causador do dano a terceiro, dirigiu em estado de embriaguez.
3. É lícita, no contrato de seguro de automóvel, a cláusula que prevê a exclusão de cobertura securitária para o acidente de trânsito (sinistro) advindo da embriaguez

do segurado ou de preposto que, alcoolizado, assumiu a direção do veículo. Configuração do agravamento essencial do risco contratado, a afastar a indenização securitária. Precedentes.

4. Deve ser dotada de ineficácia para terceiros (garantia de responsabilidade civil) a cláusula de exclusão da cobertura securitária na hipótese de o acidente de trânsito advir da embriaguez do segurado ou de a quem este confiou a direção do veículo, visto que solução contrária puniria não quem concorreu para a ocorrência do dano, mas as vítimas do sinistro, as quais não contribuíram para o agravamento do risco.

5. A garantia de responsabilidade civil não visa apenas proteger o interesse econômico do segurado relacionado com seu patrimônio, mas, em igual medida, também preservar o interesse dos terceiros prejudicados à indenização.

6. O seguro de responsabilidade civil se transmutou após a edição do Código Civil de 2002, de forma que deixou de ostentar apenas uma obrigação de reembolso de indenizações do segurado para abrigar também uma obrigação de garantia da vítima, prestigiando, assim, a sua função social.

7. É inidônea a exclusão da cobertura de responsabilidade civil no seguro de automóvel quando o motorista dirige em estado de embriaguez, visto que somente prejudicaria a vítima já penalizada, o que esvaziaria a finalidade e a função social dessa garantia, de proteção dos interesses dos terceiros prejudicados à indenização, ao lado da proteção patrimonial do segurado.

8. Recurso especial não provido. (REsp 1.738.247-SC)

2. Desenvolvimento

Inicialmente, ainda que ninguém goste de mencionar, as seguradoras são pessoas jurídicas de direito privado, regularmente estabelecidas e fiscalizadas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e, como qualquer outra empresa existente num país capitalista, visam,

sim, lucro. E a forma de obtê-lo, ou não, dependerá de sua expertise mercadológica e de suas boas práticas econômico-financeiras na administração dos prêmios auferidos dos segurados. O prêmio é o valor que o segurado paga à seguradora para ingressar na mutualidade organizada, para garantir-lhe proteção contra riscos futuros e incertos expressamente delineados na apólice, e calculado através de complexos cálculos atuariais. Um dos fatores utilizados para esses cálculos é a relação risco, cobertura securitária e capital segurado.

Segundo RICARDO BECHARA SANTOS¹:

O seguro é, sobretudo, solidariedade, a qual só alcançaria a plenitude de sua eminente função social se organizada com técnica, com a gestão competente da seguradora, para que as pessoas possam suportar coletivamente o que não seria possível individualmente. Daí a técnica da lei dos grandes números, dos cálculos atuariais, das provisões e reservas, da mutualidade, da estatística, do sistema bem organizado de co-seguro, resseguro, retrocessão. (...).

Importante asseverar que a relação contratual privada, concretizada pelo contrato securitário, segundo seu conceito pós-moderno, extraído da obra de PAULO NALIN², deve estar calcada nos princípios da boa-fé negocial, da equidade e justiça contratual, da transparência e da confiança.

Numa rápida pincelada sobre os princípios acima expostos, a boa-fé negocial se caracteriza no comportamento das partes ao celebrar o contrato, na sua vigência e ao seu término. E o agir com boa-fé objetiva, nos dizeres de JUDITH MARTINS-COSTA³ verbis:

(...) concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, se vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional.

1 - SANTOS, Ricardo Bechara. O seguro é a solidariedade com técnica. Cadernos de Seguros. Edição 147. Disponível em <http://cadernosdeseguro.ens.edu.br>, acesso em 02/05/2019.

2 - NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 126 a 159.

3 - MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

E continua MARTINS-COSTA⁴, mais adiante em sua obra, *verbis*:

Não se exclua, porém, o direcionamento da boa-fé também ao polo consumidor. Consistindo fundamento de consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual (ou pré, ou pós-contratual), os deveres decorrentes da boa-fé incumbem tanto ao fornecedor quanto ao consumidor (inclusive os equiparados), como está na dicção expressa do art. 4º, inciso III, que alude à “harmonização” dos interesses dos participantes da relação. A conduta do consumidor deve, por igual, pautar-se segundo a boa-fé objetiva. Se, não obstante informado pelo fornecedor dos riscos de determinado produto, age, mesmo assim, de modo a acentuar esses riscos, ou a criar riscos desnecessários, ou se contradiz legítimas expectativas que o seu comportamento gerou, estará o consumidor incorrendo em comportamento contrário à boa-fé objetiva.

Portanto, a boa-fé objetiva é um agir leal, de mão dupla, nas relações negociais e deve, sempre, ser respeitada, sob pena de o contrato restar desequilibrado e impor a uma das partes obrigação iníqua ou abusiva.

Juntamente com a boa-fé objetiva está o princípio da equidade e justiça contratual, que pode ser sintetizado na busca de manter a relação contratual firmada mais ajustada, mais equilibrada, mais balanceada possível, para que nenhuma das partes sofra perdas ou ganhos desmedidos, ainda que inicialmente não previstos.

O princípio da transparência que, segundo PAULO NALIN⁵, decorre da boa-fé objetiva, *verbis*:

(...) encontra sua justificativa no dever de informar o que recai sobre os contratantes (...). A transparência faz com que se exija do predisponente, sobretudo, lealdade ao estabelecer o conteúdo da avença e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante (...). (...) A vontade contratual tutelada há de ser aquela que leva em conta informações adequadas, sem as quais não é digna de eficácia.

E ainda nas palavras de NALIN⁶, ao fazer menção ao princípio da confiança, *verbis*:

4 - Ob. cit., p. 329.

5 - Ob. cit., p. 146/147.

6 - Ob. cit., p. 155.

O princípio da confiança, localizado desde antes da formação do contrato, até a sua execução, dá conta, enquanto na fase da aproximação negocial, de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.

Por seu turno, o contrato de seguro, segundo o Dicionário de Seguros⁷, é aquele:

(...) pelo qual o segurador, mediante o recebimento de uma remuneração, denominada prêmio, obriga-se a ressarcir o segurado, em dinheiro ou mediante reposição, dentro dos limites convencionados na apólice, das perdas e danos causados por um sinistro ou sinistros, ou a pagar um capital ou uma renda se, ou quando, verificar-se um evento relacionado com a vida ou as faculdades humanas.

Portanto, inicialmente, os contratos, dentre eles o de seguro, devem estar calcados nos princípios gerais dos contratos, nos conceitos de *honestidade, lealdade e probidade*, através de uma relação comercial *equilibrada* (mutualismo⁸), *transparente*, e que garantam *interesses legítimos* entre os contratantes.

Feitas essas considerações iniciais, não é por demais lembrar que a relação contratual securitária de direito e obrigações se dá, tão-somente, entre seguradora e segurado, seja pelas definições acima citadas, seja em decorrência de lei.

Assim, nos termos do artigo 757 do CC/02, “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. O artigo 768 impõe que o segurado perderá o direito à garantia contratada se “agravar intencionalmente o risco”; os artigos 422 e 765 advertem que as partes devem “guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé”; e o artigo 776 obriga a seguradora “a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido”.

7 - IRB/FUNENSEG.

8 - Segundo o “Dicionário de Seguros” (IRB/FUNENSEG), “É um dos princípios fundamentais que constitui a base de toda a operação de seguro. A reunião de um grande número de expostos aos mesmos riscos possibilita estabelecer o equilíbrio aproximado entre as prestações do segurado (prêmio) e as contraprestações do segurador (responsabilidades)”, p. 93.

No caso ora guerreado, que envolve a garantia adicional e facultativa de RCFV (Responsabilidade Civil Facultativa Veicular) passível de contratação no contrato de seguro de automóvel, o segurado não é obrigado a contratar esta garantia; consequentemente, não lhe é de contratação obrigatória, diferentemente do que ocorre, p.ex., com o DPVAT, este sim de obrigatoriedade imposta pelo Estado.

A relação jurídica envolvendo segurado e seguradora, no seguro automóvel é uma relação privada. Mas, se há a contratação da garantia acessória de RCFV, é o segurado quem estipula o valor máximo do capital segurado que pretende ver garantido a ele (segurado), pela seguradora, para fins de resguardá-lo patrimonialmente de eventuais danos causados a terceiros, por riscos cobertos pelo contrato.

O objetivo do contrato de seguro de danos, nele incluso o seguro automóvel é, não outro, senão preservar o patrimônio do segurado na hipótese de ocorrência de risco futuro e incerto, coberto pela apólice e limitado ao valor expressamente contratado. Isto é, ao segurado é garantido o direito de ter seu patrimônio resguardado, até o limite do capital segurado contratado, por danos causados a terceiros, quando da ocorrência de risco contratualmente previsto. Portanto, o contrato de seguro automóvel não visa a benefício patrimonial ao terceiro, vítima do sinistro e estranho à relação contratual securitária; mas sim, objetiva preservar indene o patrimônio do segurado e, principalmente, para os riscos expressamente cobertos.

A função de proteger o patrimônio do segurado, por risco coberto, no âmbito do seguro de responsabilidade civil, no caso, a cláusula de RCFV, passível de contratação no seguro automóvel, está contida no artigo 5º, da Circular SUSEP n. 437, de 2012, que assim dispõe expressamente, *verbis*:

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.

Nas palavras de WALTER POLIDO⁹, “*o seguro de responsabilidade civil tem a função de proteger o patrimônio do segurado, a partir da obrigação legal que ele tem de indenizar quem sofreu o dano ou prejuízo por ele causado, ou por pessoa ou coisa sob a sua responsabilidade*”.

Pois bem, tendo por paradigma o V. acórdão do STJ ora em comento, e levando-se em consideração que se trata de um contrato facultativo de seguro automóvel, que abarca várias coberturas acessórias (p.ex. casco, RCFV, APP, etc.), havendo a infringência de cláusula expressa do contrato – no caso, a embriaguez do condutor –, cediço que o segurado perderá o direito a todas as coberturas contratadas e que estejam vinculadas ao sinistro ocorrido, pois é corolário do direito que o acessório segue o principal. Isto é, em havendo infringência contratual pela caracterização de risco não coberto pelo contrato, não só a indenização pelo “casco” do automóvel, mas também todas as demais coberturas acessórias, inclusive a de RCFV de danos materiais, pessoais e morais a terceiros, vítimas do sinistro causado pelo segurado, não deverão ser indenizadas pela seguradora, pois cediço que a deliberada infringência ao contrato – dirigir embriagado –, além de ferir o princípio da boa-fé objetiva, faz desaparecer por completo o “*legítimo interesse*” do segurado, expressamente previsto no art. 757 do CC/02.

Houve, destarte, não só a quebra das normas civis e consumeristas atinentes ao contrato pelo segurado, mas também, e principalmente, infringência aos princípios norteadores dos contratos, ainda que analisados sob a ótica interpretativa pós-moderna, sobretudo em face dos princípios da boa-fé negocial e da confiança, retro analisados.

Por sua vez, outra a regra geral atinente à teoria geral dos contratos, expressamente contida no artigo 421 do CC/02 e utilizada como norteadora do V. acórdão ora analisado, dispõe que a *liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

Este princípio da função social do contrato, que teve origem na Constituição Federal de 1988 e que ficou no limbo até virem a lume o Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, o Código Civil de 2002, igualmente de conceituação vaga, não pode e não deve ser utilizado e interpretado isoladamente, dissociado dos demais princípios norteadores dos contratos e dos institutos de direito

9 - POLIDO, Walter. Seguros de Responsabilidade Civil: Manual Prático e Teórico. Curitiba: Juruá, 2013, p. 237.

securitário, como parece ter ocorrido na interpretação ofertada pelo V. acórdão do STJ, ora posto à crítica.

Segundo MIGUEL REALE, citado na obra de PAULO NALIN¹⁰, *o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica*. E continua NALIN¹¹, verbis:

(...) mostra-se necessário, para não dizer indispensável, em face do toque inovador de uma tese, investigar o contrato, não somente na sua normalidade civil-constitucional, mas, sobretudo, na sua versão patológica, até porque a interpretação judicial que se realiza do contrato, em regra, ocorre quando este deixa de cumprir o seu papel regular, ou seja, quando a prestação ao ser executada deixa de seguir o roteiro esperado pelos contratantes, ingressando nos planos da ineficácia (sentido amplo) ou do inadimplemento (sentido amplo).

Mister se faz ressaltar, ainda, que a força obrigatória dos contratos precisa estar afeita aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que, *o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente*¹².

Com a devida vênia, a equivocada interpretação extensiva do princípio da função social do contrato, tal como proferida no acórdão em referência, modulando a interpretação dos princípios pós-modernos dos contratos de forma isolada, sem levar em consideração todo um arcabouço principiológico e legislativo afeito ao instituto securitário, certamente imporá às seguradoras obrigações injustas e desequilibradas, em flagrante benefício ao infrator (segurado). Onerando-as desmedidamente. Além, é claro, de gerar insegurança jurídica.

Neste ponto, importante trazer à baila o entendimento proferido por DANILO RAFAEL DA SILVA MERGULHÃO e JOSÉ

10-Ob. cit., p. 230.

11-Ob. cit., p. 231.

12-LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações do contrato. RTDC, v. 16, p. 111, out/dez 2003.

CLAUDIO OLIVEIRA MERGULHÃO JÚNIOR¹³, ao tratarem do tema “Os fundamentos constitucionais da função social do contrato”, *verbis*:

Como se percebe, unem-se ao princípio tradicional da autonomia privada, próprio do sistema liberal, os Princípios da Boa-fé objetiva, do Equilíbrio Econômico do Contrato e o da Função Social do Contrato. Tais princípios não podem e não devem ser vistos de forma individualizada, mas no contexto negocial, despontando um diálogo que permeia não só a relação contratual, mas a fase pré-contratual e pós-contratual, tanto das partes contratantes, quanto de terceiros. Isso porque o objetivo do contrato é proteger as partes contratantes e terceiros que, porventura, sejam alcançados pela relação jurídica avençada.

Ainda sobre o tema, adverte HAROLDO VERÇOSA¹⁴, que “o contrato não se configura como instituto destinado a proteger o interesse de uma das partes que possa ter alguma forma de ascendência sobre a outra, mas apto a proporcionar um vínculo equilibrado, segundo cada situação concreta”.

Segundo a lição de HUMBERTO TEODORO JÚNIOR¹⁵, “(...) dentro do ângulo da função social, a tarefa do juiz não é criativa, e sim repressiva e sancionatória. Não lhe cabe, em nome do princípio da socialidade, dar à convenção das partes um sentido e um objetivo que não tenham sido por elas eleitos”.

Importante ainda ressaltar, conforme o ensinamento exarado por NALIN¹⁶, que a “segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva é de que poderá cumprir sua parcela na avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé”. E continua NALIN, *verbis*:

A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato

13 - A função social nas relações privadas / Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lôbo (Coord.) – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 103.

14 - VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o código civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103.

15 - TEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e sua função social, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145.

16 - Ob. cit., p. 211.

conforme a boa-fé. Por sua vez, contrato conforme a boa-fé não significa descompromisso com os efeitos econômicos do contrato. Mas, sim, um contrato no qual concorrem efeitos econômicos e sociais”.

RICARDO BECHARA SANTOS¹⁷, ao tratar do tema sob a ótica securitária, esclarece que, verbis:

“(...) a delimitação do risco é da essência do contrato de seguro, e fundamental para o equilíbrio contratual, pois é daí que o segurador pode medir o risco, taxar o prêmio, dimensionar sua responsabilidade e estabelecer as provisões técnicas pertinentes, imprimindo a necessária segurança jurídica e contratual, pois como gestor da mutualidade há de zelar para que só os riscos cobertos sejam suscetíveis de indenização ou de pagamento do capital segurado, sob pena do individual se sobrepor ao coletivo, isto é, de que o conjunto dos demais integrantes da mutualidade acabe se onerando injusta e indevidamente com benevolências cometidas em favor de um ou outro segurado sem direitos”.

Sobre o tema: função social do contrato securitário, cita-se o ensinamento da notória conhecedora da seara securitária, ANGELICA CARLINI¹⁸, em que adverte, verbis:

Interpretar as restrições impostas pelos contratos de seguro, como os riscos não contratados, por exemplo, sempre como um fator de prejuízo aos consumidores é olvidar a mutualidade e, em consequência, desrespeitar a boa técnica securitária. Analisar os contratos de adesão e suas cláusulas restritivas de direito sempre como um fator de prejuízo pré-elaborado contra o consumidor é incorreto e, no mais das vezes, temerário contra o próprio consumidor. A regra é analisar se a cláusula restritiva de direito contida no contrato de seguro tem fundamentação de proteção à mutualidade. É exatamente o que acontece com o risco não contratado de embriaguez. Quando uma seguradora nega o pagamento da indenização securitária a um segurado que estava guiando comprovadamente embriagado ela tem como fundamentação a proteção da mutualidade? Sim, porque há evidente interesse mutual e social de que os segurados não agravem

17-Ob. cit.

18-CARLINI, Angelica. Função Social dos Contratos de Seguro e Sustentabilidade. Disponível em <http://cadernosdeseguro.ens.edu.br>. Acesso em 02/05/2019.

as possibilidades de risco, assim como há evidente interesse social de que as pessoas se portem com responsabilidade quando estiverem guiando automotores. Adequar a aplicação dos novos institutos aos casos concretos demanda uma enorme atenção e conhecimento dos detalhes e peculiaridades desses casos, para evitar a todo custo a subsunção automática que em uma sociedade hipercomplexa como a contemporânea somente causará insegurança jurídica. Além disso, a utilização exagerada, inadequada ou panfletária de mecanismos de proteção social no âmbito dos contratos de seguro não realiza a proteção individual e nem a proteção coletiva. Ao contrário, provoca a perda de credibilidade do instituto com sérios prejuízos para toda a sociedade.

Sobre o tema, igualmente adverte BECHARA SANTOS¹⁹, *verbis*:

Diria mais: que o seguro é a própria técnica da solidariedade, mas sobretudo, um fato econômico, que nada obstante pode, e deve, perfeitamente, se conciliar com o verdadeiro sentido da função social do contrato, sem se retirar do campo da humanização das relações econômicas, como bem entendeu, por exemplo, a ilustre Ministra Nancy Andrighi, do STJ, ao ponderar, em um de seus votos, que 'a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas'.

Portanto, resta cristalino, para os fins do direito securitário, que a função social do contrato de seguro está diretamente relacionada à condução do negócio jurídico através do mutualismo organizado, do respeito à boa-fé objetiva, não excluindo o dever de cumprimento das cláusulas contratuais e nem da autonomia da vontade. Isto significa dizer, em outras palavras, que as partes devem, sim, agir conforme o pactuado, e que nem todas as cláusulas restritivas de direito existentes no contrato securitário são cláusulas abusivas, ou que visam a prejudicar os segurados-consumidores, ou que mereçam ter sua interpretação

19 - Ob. cit.

mitigada, principalmente quando envolve a agravação de riscos, como é a cláusula excludente de cobertura em decorrência da embriaguez do condutor do veículo segurado. As restrições contratuais existentes, a mutualidade organizada dos segurados, o agir com boa-fé objetiva tem como objetivo, justamente, proteger a sociedade e, portanto, cumprir o princípio da função social do contrato.

Adentrando um pouco mais, qual seria, então, para fins do contrato facultativo de seguro automóvel, sua “*função social*”? O próprio contrato tem sua função social ao pulverizar o risco e, portanto, suas consequências, entre várias pessoas que estão sujeitas aos mesmos riscos (mutualismo); ao punir o segurado que, embriagado ou sob efeito de tóxico, provoca acidente, negando-lhe a indenização securitária contratada, com vistas a combater e ajudar o Poder Público no combate a essa grave infração; a facilitação e maior agilidade processual para a reparação do dano decorrente de risco coberto, seja através da facilitação do ajuizamento de ação do terceiro prejudicado diretamente contra a seguradora e o segurado, dispensando a utilização do instituto da denunciação à lide pelo segurado (REsp 710.463/RJ e Sum. 529/STJ), seja através do pedido de cumprimento de sentença, pelo terceiro, diretamente contra a seguradora, desde que dentro dos limites contratuais existentes na apólice (Sum. 537/STJ), dentre outras, e desde que respeitadas as bases contratualmente estabelecidas entre as partes. Mas, em hipótese alguma, a ofertada pelo V. acórdão ora analisado, que leva a cabo toda uma estrutura principiológica, modulando a interpretação do princípio da função social do contrato de forma totalmente incompatível com os princípios gerais de direito e do instituto securitário.

3. Conclusão:

Assim, a nova interpretação a ser dada aos contratos, a partir da vigência do Código Civil de 2002, exige, obrigatoriamente, que sejam sopesados não somente o princípio da função social do contrato, mas também e principalmente os princípios da liberdade de contratar, da boa-fé objetiva, da equidade e justiça contratual, da transparência e da confiança, respeitando-se as regras existentes e os interesses envolvidos, sob pena de haver desvirtuamento dos objetivos do pacto privado e causar grave insegurança jurídica.

Afinal, uma coisa é permitir a ação direta da vítima em face da seguradora e também o cumprimento da sentença diretamente contra ela (seguradora), na hipótese de haver “*interesse legítimo*” (art.

757 CC/02) do segurado e nos limites contratados, como já resta pacificado; outra é obrigar a seguradora a indenizar terceiro, vítima do dano causado pelo segurado, que não fez parte do pacto securitário, quando houve, por parte do segurado, flagrante ilícito contratual, por comportamento gravoso ao risco, desrespeito às regras de convívio social, ao mutualismo organizado e, portanto, adverso à boa-fé; com o simplório objetivo de beneficiar diretamente terceiro, como se fosse obrigação da seguradora honrar os danos sociais causados por seu segurado, independentemente da análise do contexto contratual. Como se a garantia de responsabilidade civil facultativa (RCFV) não estivesse afeita e umbilicalmente ligada ao contrato-mãe de seguro automóvel, e pudesse ser interpretada independentemente e ao bel prazer do magistrado.

Em permanecendo este equivocado entendimento, estar-se-á premiando o segurado infrator, que não precisará de dispor de seu patrimônio para pagar diretamente o dano causado à vítima e, portanto, não sofrerá as consequências patrimoniais de sua grave atitude. Prejudicará, também, a seguradora e os demais segurados afeitos ao fundo mutual, pois, não houve previsão atuária desse “risco” e, conseqüentemente, não houve pagamento do prêmio atinente ao mesmo. E mais, certamente as novas apólices de seguro automóvel terão seus prêmios aumentados. Prejudicará, enfim, a própria sociedade que quer “proteger”, seja pelas consequências acima citadas, seja pela insegurança jurídica que causará na interpretação dos contratos, seja, por fim, pelo fato de “colaborar” para o desestímulo ao cumprimento de regras contratuais securitárias, ante a falta de efetiva punição ao segurado infrator.

O que o V. acórdão fez, ao interpretar, moduladamente e de forma antagônica as garantias securitárias contratadas (uma para o casco, excluindo o dever de indenizar da seguradora em razão da embriaguez; e outra a cobertura de RCFV, ordenando o pagamento ao terceiro sob a justificativa da “função social do contrato”), *data maxima venia*, afronta com uma clareza solar a teoria geral dos contratos, sob a ótica pós-moderna e os institutos securitário e consumerista. Tal como posta, esta decisão é, senão, um total e completo desvirtuamento do princípio da função social do contrato, da “*justiça social*” e da “*busca do bem comum*”.

Fazer “*justiça social*” com dinheiro dos outros é fácil e cômodo, mas não é justo! Não é o que preconiza ULPiano, através do princípio

contido no ditame: *Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence)! E nem à justiça ético-política aristotélica, que dispõe ser uma disposição de caráter, que torna os homens propensos a fazer e desejar o justo.

Não olvidar, ainda, que existem várias outras maneiras legais, ágeis e efetivas de assegurar, patrimonialmente, o direito do terceiro, vítima do sinistro, diretamente em face do seu causador. No caso, o segurado, conforme se vislumbra, p.ex., nos arts. 294 a 311 do CPC. Portanto, também sob este aspecto a decisão ora guerreada não é legal, muito menos justa.

Por fim, para incitar nossas mentes à reflexão, cita-se trecho da obra de MICHEL J. SANDEL²⁰, *verbis*:

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê”.

4. Referências Bibliográficas:

A função social nas relações privadas/Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lôbo (Coord.) – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALVIN, Pedro. O contrato de seguro, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CARLINI, Angelica. Função Social dos Contratos de Seguro e Sustentabilidade. Disponível em <http://cadernosdeseguro.ens.edu.br>. Acesso em 02/05/2019.

Dicionário de Seguros (IRB/FUNENSEG).

20-SANDEL, Michel J. Justiça – O que é fazer a coisa certa, 25 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 28.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. O contrato de seguro no direito brasileiro, 1ª ed., Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações do contrato. RTDC, v. 16, p. 111, out/dez 2003.

MATOS, Robson Pedron. O contrato de seguro e o código de defesa do consumidor/Robson Pedron Matos e Fabiana Ricardo Molina, 1ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.

POLIDO, Walter. Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico. Curitiba: Juruá, 2013.

POLIDO, Walter. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: direito do consumidor, 1ª ed., São Paulo: Roncarati, 2015.

SANDEL, Michel J. Justiça – O que é fazer a coisa certa, 25 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

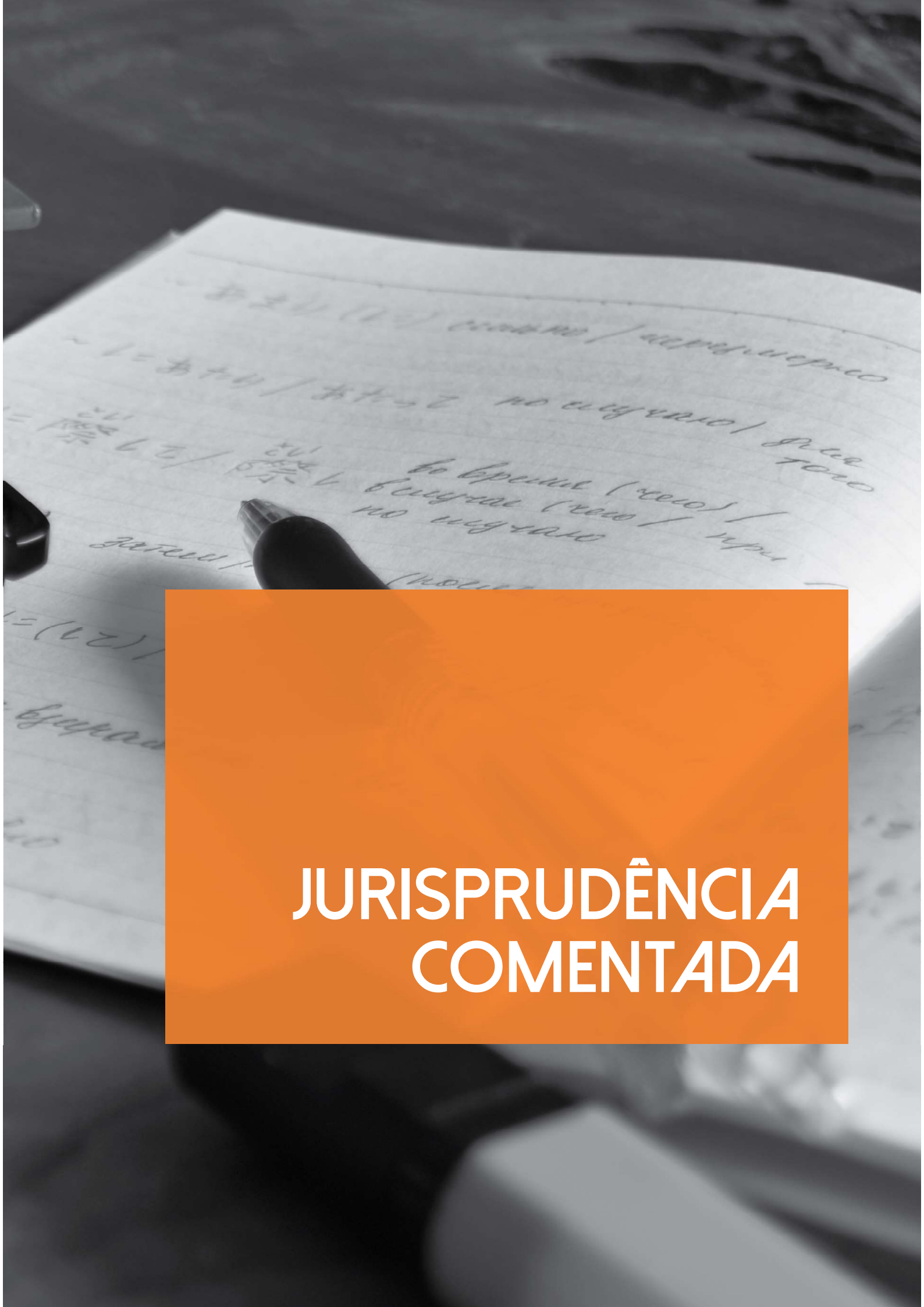
SANTOS, Ricardo Bechara. O seguro é a solidariedade com técnica. Cadernos de Seguros. Edição 147. Disponível em <http://cadernosdeseguro.ens.edu.br>, acesso em 02/05/2019.

TEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e sua função social, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TZIRULNIK, Ernesto. O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro/Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti, Ayrton Pimentel, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o código civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010.





JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Comentário à decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.695.148. A separação judicial ou de fato e a garantia suplementar de cônjuge no seguro de vida

Ricardo Bechara Santos*

Resumo - O presente artigo tem por objetivo comentar, em breve síntese, decisão da Terceira Turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, segundo a qual basta a separação judicial para afastar a cobertura do seguro de vida em relação à cláusula de garantia suplementar de cônjuge, não se exigindo para tanto o divórcio.

Palavras-chave - Seguro de vida. Cláusula suplementar de cônjuge. Divórcio. Separação judicial. Separação de fato por mais de dois anos. Convivente de união estável. Segurado principal. Segurado acessório. Morte do segurado acessório. Perda de direito.

Abstract – The purpose of this article is to comment, soon synthesis, on the decision of the third body of the Superior Court of Justice, of reporting Minister Nancy Andrighi, according to which judicial separation is sufficient to rule out the coverage of life insurance in relation to the clause of supplementary guarantee of spouse, not requiring divorce.

Keywords - Life insurance. Supplementary spouse clause. Divorce. Judicial separation. Separation indeed for over two years. Stable union partner. Principal insured. Accessory insured person. Death of the accessory insured person. Loss of entitlement.

Sumário: 1. A ementa; 2. Breve resumo sobre o conceito técnico e jurídico da garantia suplementar de cônjuge no seguro de vida; 3. A circular SUSEP nº 302 de 19 de setembro de 2005; 4. Efeitos similares entre a separação judicial e a separação de fato por mais de dois anos; 5. Comentário analítico da decisão; 6. Epílogo; 7. Referências onomásticas.

* Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Seguros - AIDA-Brasil. Autor das obras: Direito de Seguro no Cotidiano, Direito de Seguro no Novo Código Civil, Legislação Própria e Coletânea de Jurisprudência STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização. Coautor de diversas obras.

1. A ementa

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.148 - SP (2016/0063972-0). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - RECORRENTE: FEDERAL DE SEGUROS S/A EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. TÉRMINO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO VÁLIDO. DIFERENÇA RESTRITA AO ASPECTO DE REVERSIBILIDADE DO MATRIMÔNIO. CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS IDÊNTICAS. CONCEITO DE ROMPIMENTO DE VÍNCULO QUE, NA SOCIEDADE ATUAL, DEVE ABRANGER O VÍNCULO MATRIMONIAL E TAMBÉM O CONJUGAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA INDEVIDA DIANTE DA SEPARAÇÃO JUDICIAL ENTRE OS EX-CÔNJUGES, ESPECIALMENTE PORQUE NÃO DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DA ALEGADA E SUPERVENIENTE UNIÃO ESTÁVEL.

1) Ação distribuída em 28/03/2013. Recurso especial interposto em 21/05/2015 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.

2) O propósito recursal é definir se apenas a separação judicial é suficiente para colocar fim à sociedade conjugal e, conseqüentemente, tornar indevida a indenização securitária pelo falecimento da ex-cônjuge, ou se, ao revés, somente com o divórcio ou a morte a referida indenização passaria a não mais ser exigível.

3) Não se deve confundir o término da sociedade conjugal com a dissolução do casamento válido, residindo a diferença substancial entre ambos no fato de que apenas a dissolução do casamento torna irreversível o matrimônio e, conseqüentemente, permite às partes contraírem um novo casamento.

4) Se as conseqüências patrimoniais do término da sociedade conjugal e do término do casamento válido são substancialmente iguais, é necessário concluir que o mais contemporâneo conceito de rompimento de vínculo entre o casal abrange não apenas o vínculo matrimonial, mas também o conjugal, de modo que não é devida a indenização quando o contrato de seguro estabelecer sem especificação, como causa de não pagamento, a existência de rompimento de vínculo entre os cônjuges.

5) Recurso especial conhecido e provido.” *DJe* 25/06/2018.

2. O conceito técnico e jurídico da garantia suplementar de cônjuge no seguro de vida

Na maioria das apólices de seguro de vida, o cônjuge poderá ser incluído em todas as garantias, exceto IPD (Invalidez Permanente por Doença), sendo sua cobertura até o limite máximo da respectiva garantia dada a seu titular. A inclusão do cônjuge pode ser *automática* ou *facultativa*. Se facultativa, apenas os cônjuges de titulares que autorizarem serão incluídos, enquanto que, na inclusão automática, todos os cônjuges dos *segurados principais* são cobertos na apólice. A cláusula suplementar de inclusão de cônjuge tem por objetivo incluir o cônjuge do segurado principal, em regra para garantir o pagamento do capital segurado ao beneficiário do seguro (na maioria das vezes o próprio segurado principal), na ocorrência de um dos eventos previstos nas coberturas contratadas, respeitadas as condições ajustadas na própria cláusula específica e nas condições gerais e especiais do segurado principal, ou seja, o contratante de seguro ou o vinculado por qualquer forma ao estipulante, enquanto que *segurado dependente*, ou *segurado acessório*, aquele designado como cônjuge, companheiro (a), ou consorte ou convivente de união estável com o segurado principal.

Não seria demasiado lembrar que, na hipótese de morte simultânea (*comoriência*) do segurado principal e do(s) segurado(s) dependente(s), os capitais segurados referentes às coberturas dos segurados, principal e dependente(s), deverão ser pagos aos respectivos beneficiários indicados ou, na ausência destes, aos herdeiros legais dos segurados.

3. A circular SUSEP nº 302 de 19 de setembro de 2005

A *cláusula suplementar de inclusão de cônjuge e ou de filhos*, seja por inclusão automática ou facultativa, vem disciplinada no Capítulo V da Circular SUSEP nº 302/2005, conforme disposto em seus artigos 34 a 36¹,

1 - “Art. 34. A cláusula suplementar de inclusão de cônjuge define a inclusão, no seguro, dos cônjuges dos segurados principais, que pode ser feita das seguintes formas: I – automática: quando abranger os cônjuges de todos os segurados principais; e II – facultativa: quando abranger os cônjuges dos segurados principais que assim o autorizarem.

§ 1º Equiparam-se aos cônjuges os companheiros dos segurados principais, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

consoante os quais devem se equiparar aos cônjuges os companheiros (as) dos segurados principais, se na vigência do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato. Não sem lembrar que o capital segurado do cônjuge, como reza o normativo, não pode ultrapassar a 100% do capital do segurado principal, sabido que o critério para fixação do capital da cláusula suplementar deve ser claramente estabelecido na própria cláusula, ou nas condições especiais.

Ainda pelo que se extrai do normativo, quanto à cláusula suplementar de *inclusão de filhos* do segurado principal e/ou do cônjuge segurado acessório, segue ela, guardadas as devidas particularidades, semelhantes critérios estabelecidos para inclusão de cônjuge, podendo igualmente ser *automática* ou *facultativa*, por isso que, na primeira hipótese, quando abranger os filhos de todos os segurados principais e/ou dos cônjuges segurados e, na segunda, quando abranger os filhos dos segurados principais e/ou dos cônjuges segurados que assim o

§ 2º O capital segurado do cônjuge não pode ser superior a 100% (cem por cento) do capital segurado do respectivo segurado principal, observando-se que o critério para fixação do capital da cláusula suplementar deve ser claramente estabelecido na própria cláusula, ou nas condições especiais.

Art. 35. A cláusula suplementar de inclusão de filhos define a inclusão, no seguro, dos filhos do segurado principal e/ou do cônjuge segurado pela cláusula suplementar de inclusão de cônjuge, que, observado o disposto no art. 8º, pode ser feita das seguintes formas: I – automática: quando abranger os filhos de todos os segurados principais e/ou dos cônjuges segurados; e II – facultativa: quando abranger os filhos dos segurados principais e/ou dos cônjuges segurados que assim o autorizarem.

§ 1º Para efeito do presente artigo equiparam-se aos filhos os enteados e os menores, considerados dependentes econômicos do segurado principal.

§ 2º Nos planos coletivos, quando ambos os cônjuges forem segurados principais do mesmo grupo segurado, os filhos podem ser incluídos uma única vez, como dependentes daquele de maior capital segurado, sendo este denominado segurado principal para efeito da cláusula.

§ 3º O capital segurado dos filhos não pode ser superior a 100% (cem por cento) do capital segurado do respectivo segurado principal, observando-se que o critério para fixação do capital da cláusula suplementar deve ser claramente estabelecido na própria cláusula, ou nas condições especiais.

Art. 36. Na hipótese de morte simultânea (comoriência) do segurado principal e do(s) segurado(s) dependente(s), os capitais segurados referentes às coberturas dos segurados, principal e dependente(s), deverão ser pagos aos respectivos beneficiários indicados ou, na ausência destes, aos herdeiros legais dos segurados.”

autorizarem, equiparando-se aos filhos os enteados e os menores, considerados dependentes econômicos do segurado principal. Da mesma forma, o capital segurado dos filhos não pode ser superior a cem por cento do capital segurado do respectivo segurado principal.

4. Efeitos similares entre a separação judicial e a separação de fato por mais de dois anos

Vê-se, do § 1º do artigo 34 da Circular SUSEP nº 302/05, que não só a *separação judicial*, mas também a *separação de fato*, dos cônjuges e equiparados, basta para afastar a cobertura do seguro de vida em relação à mencionada garantia suplementar. E por razões óbvias, irretorquíveis, tanto que na maioria das vezes também são previstas nas condições do seguro, como autoriza o próprio normativo da SUSEP, para que também seja causa excludente do segurado acessório, na medida em que se considera como tal o companheiro de segurado separado apenas de fato. Se assim não fosse, como ficaria o seguro quando o segurado é separado de fato e vive em união estável com outra pessoa tal, como lhe faculta a legislação vigente e a jurisprudência dominante? É que os dois – o ex-consorte e o atual – não podem ser segurados, até porque a seguradora não recebe prêmio para isto, é dizer, para cobrir tantos cônjuges ou consortes que já tenham passado pela vida do segurado principal.

Todavia, vale ressaltar que a *separação de fato* ali referida deve subentender-se como a superior a dois anos segundo dicção do Código Civil, ou seja, aquela que, duradoura no tempo e para o fim aqui colimado, produz efeitos equivalentes à separação judicial.

5. Comentário analítico da decisão

A decisão da E. 3ª Turma do STJ, exarada em 10/08/2018 e publicada no DJe de 25/06/2018, cuja ementa vem acima transcrita, dá o adequado tom a tema que de há muito vem sendo objeto de controvérsia, já agora ostentando o entendimento segundo o qual a separação judicial já é suficiente para afastar cobertura securitária pela morte de cônjuge, pondo a nu um outro entendimento, segundo o qual apenas o divórcio teria o condão de produzir tal efeito. Com esse entendimento, tomado por unanimidade de votos dos Senhores Ministros, a separação judicial, por si só, é suficiente para justificar a negativa de pagamento do capital segurado pelo falecimento de cônjuge, não sendo necessário aguardar o divórcio para a descaracterização do vínculo afetivo, ficando a seguradora eximida da responsabilidade de

pagar o seguro de vida ao cônjuge sobrevivente que, embora separado judicialmente da segurada, alegava ainda manter vínculo matrimonial com ela em virtude de não ter havido a conversão da separação em divórcio. Segundo a relatora do recurso, a controvérsia tem como pano de fundo a interpretação a ser dada ao artigo 1.571 do Código Civil², a respeito do fim da sociedade conjugal e do momento em que isso ocorre, mostrando-se convencida de que, embora haja precedente da própria Terceira Turma, acórdão julgado em 15/12/2009, no sentido de que o cônjuge só perderia a cobertura securitária após a conversão da separação em divórcio (*REsp 1.129.048. Relator Massami Uyeda. DJe 03/02/2010*)³ - uma melhor reflexão acerca do tema permite concluir que é necessário superar o entendimento daquele julgado, pois não se deve confundir o término da sociedade conjugal com a dissolução do casamento válido. Isto significa que a diferença essencial entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do casamento opera-se na reversibilidade, ou não, do matrimônio, o que se reflete na possibilidade, ou não, de as partes contraírem um novo casamento ou união estável.

Destacou o voto condutor da Relatora que a sociedade em que vivemos revela que os vínculos são cada vez mais fluidos e frágeis, de modo que a mais adequada interpretação do citado artigo 1.571 do CC/2002 é a de que o conceito de rompimento do vínculo, especialmente quanto às questões patrimoniais, equivale não apenas ao matrimonial, este sim somente ceifado pelo divórcio, mas também ao conjugal, que ocorre em quaisquer das situações enumeradas nos incisos do referido dispositivo legal, dentre as quais, a separação judicial. Além disso, a não comprovação da existência de uma união estável, um vínculo de feições próprias, subsequente ao momento da separação judicial, torna igualmente indevido o capital segurado pleiteado.

2- “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.”

3- “EMENTA: Recurso especial - Ação de cobrança - Contrato de seguro de vida - Negativa de prestação jurisdicional - Não ocorrência - Cláusula suplementar de inclusão de cônjuge - Disposição contratual que abrange, também, o separado judicialmente que não tenha se divorciado - Recurso especial improvido.”

Cuida-se, pois, de mais uma decisão favorável do STJ de relatoria da eminente ministra Nancy Andrighi, em sede de retratação em relação a outras decisões que dão tratamento diverso a respeito da matéria, no caso reformando a decisão do TJ/SP que tinha sido contrária à seguradora. O entendimento agora mais firme da Corte é o de que a separação judicial, por si só, basta para justificar a negativa do pagamento do capital segurado pela morte do cônjuge, não sendo necessário aguardar o divórcio para a descaracterização do vínculo afetivo, dando ao tema a esperada segurança jurídica imprescindível para o bom funcionamento do setor de seguros. Com tal decisão fica a seguradora eximida de pagar o capital ao cônjuge supérstite, na medida em que com a separação restaram para tanto extintos os efeitos da *cláusula suplementar de cônjuge*, referendando, assim, a validade da previsão contratual de que os efeitos de tal cláusula se extinguem com a separação judicial, quicá com a separação extrajudicial ou a de fato por mais de dois anos, e não apenas com o divórcio.

Colhe-se também do julgado, não vir a pelo a EC nº 66/2010⁴, já que esta não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial (*ver REsp nº 1.431.370-SP, de relatoria do não menos ilustre ministro Ricardo Cueva, julgado em 15/08/17. DJe 22/08/2017*)⁵.

Dita emenda, que suprimiu do texto constitucional o prazo como pré-requisito para divórcio, não eliminou, do ordenamento jurídico, o instituto da separação judicial, que continua sendo instrumento hábil para pôr fim ao matrimônio. O texto constitucional original condicionava, como requisito para o divórcio, a prévia separação judicial por mais de um ano ou a separação de fato por mais de dois anos. Com a emenda o texto passou a ser: “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”. Entretanto, consoante decidiu o STJ no antes referido REsp de relatoria do ministro Ricardo Cueva e agora referendado pela decisão em comento relatada pela ministra Nancy

4-EC 66/10 à CF “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010)

5 - “EMENTA: Recurso especial. Direito civil. Direito de família. Emenda constitucional nº 66/2010. Divórcio direto. Requisito temporal. Extinção. Separação judicial ou extrajudicial. Coexistência. Institutos distintos. Princípio da autonomia da vontade.

(REsp nº 1.695.148. DJe 25/06/2018), tal emenda apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio direto sem, contudo, revogar o instituto da separação. Por isso, a supressão dos requisitos temporais para o divórcio pela EC 66/10 não afasta de forma alguma a existência de um procedimento judicial ou extrajudicial de separação conjugal, que passou a ser opcional a partir da promulgação da referida EC. A diferença é que a opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação, podendo a relação ser restabelecida a qualquer momento, enquanto o divórcio dissolve definitivamente o casamento. Mas ambas as hipóteses geram a ruptura do casamento, seja pela via judicial ou extrajudicial, a partir da dissolução simultânea do vínculo material e da sociedade conjugal pelo divórcio, ou com a dissolução restrita à sociedade conjugal pela separação legal.

Indubitável que a decisão em comento reflete-se positivamente na “*cláusula suplementar de cônjuge*”, posto que, se somente o divórcio pusesse fim ao casamento, a cobertura da cláusula de cônjuge restaria ferida na sua essência, já que seu objetivo é o de dar segurança financeira ao núcleo familiar do segurado (*seja formado pelo casamento civil seja pela união estável sabido também que a palavra cônjuge se presta para as diversas formas de “casamento”*), que insofismavelmente deixa de existir com a separação judicial, ferindo também as próprias condições expressas do seguro, que determinam, de forma clara, a extinção da cobertura em caso de perda do vínculo de dependência com o segurado principal, por não mais existir os requisitos que lhe davam esta qualidade (casado ou convivente de união estável não separado de fato ou de direito), ainda que este fato não seja comunicado à seguradora. Com a morte do ex-cônjuge acessório, é lícito ao segurador manter a continuidade da cobrança do prêmio, cujo valor não se altera com a ausência do cônjuge acessório, já que o cônjuge principal sobrevivente (segurado) continua coberto.

Vale ressaltar que a “*cláusula suplementar de cônjuge*” também é válida para a união estável, não só para o casamento oficial. E consorte de união estável, inclusive de pessoas do mesmo gênero (*ver copiosa jurisprudência pretoriana sobre o tema, inclusive do STF*), não se divorciam, no sentido técnico e jurídico, mas se separam. Tanto assim que sempre se dará a “*cláusula suplementar de cônjuge*” se o segurado constituir nova união estável ou novas núpcias, não sendo, portanto, cumulativa, mas sucessiva. Do contrário, ocorreria situação absurda de coexistirem tantas cláusulas suplementares de cônjuge quantas sejam as novas uniões estáveis ou casamentos contraídos pelo segurado principal,

indefinidamente, fato que, por si só, violaria o devido processo legal substantivo nas suas vertentes da razoabilidade e proporcionalidade. Se tal ocorresse, o prêmio recebido pelo segurador não suportaria, considerando que o prêmio é sempre o mesmo independentemente de ser ativada ou não a “*cláusula suplementar de cônjuge*”, é dizer, seja o segurado solteiro ou consorte de casamento ou união estável, não há alteração no valor do prêmio. A cláusula automática de cônjuge, pois, é única e una, não cumulativa, não gerando direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

A legislação, pois, quer a legal quer a infralegal, não exige o divórcio como condição para a desativação da cláusula suplementar de cônjuge no seguro de vida, não sendo de forma alguma abusiva a cláusula nesse sentido tal como prevista no contrato. Assim como para a hipótese do artigo 792 do Código Civil⁶.

6. Epílogo

Concluindo, razão assiste inteiramente à sociedade seguradora, que considerou extinta a cláusula suplementar de cônjuge a partir do momento em que o consorte acessório deixou de sê-lo em face da separação judicial (*podendo por isso ser chamado de ex*), independentemente de a seguradora ter tido conhecimento dessa separação, mesmo porque seria informação que caberia ser dada pelo segurado e ou seus familiares, até por força do princípio da mais estrita boa-fé que preside o contrato de seguro, bastando que o fato lhe seja revelado no momento da regulação do sinistro. É que consta, em todas as apólices de seguro de vida com cláusula suplementar de cônjuge, que é condição *sine qua non* para sua subsistência a vigência da sociedade conjugal, que se extingue com a separação judicial. Algumas até estabelecendo que a separação de fato (por mais de dois anos assim entendendo) basta para a exclusão automática da cláusula suplementar de cônjuge, considerando-se que tal cláusula - sem qualquer viés de direito sucessório até porque seguro não é herança para qualquer efeito segundo o artigo 794 do CC)⁷

6 - “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 de vocação hereditária.” (o grifo não é do original).

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

- se fundamenta no princípio da proteção da unidade familiar, que se desfaz com a separação conjugal, sendo irrelevante o ato extremo do divórcio, pois o que importa não é o desfazimento do vínculo conjugal, mas o da sociedade conjugal, quando cessam as obrigações recíprocas entre os cônjuges. Por isso, qualquer decisão em sentido contrário ao que foi dado pelo acórdão em comento da 3ª Turma do STJ fere, não só a essência da cobertura suplementar de cônjuge, que como dito é a de dar uma maior segurança financeira ao núcleo familiar, que deixa de existir com a separação judicial, mas também as próprias condições do seguro, que determinam, de forma expressa, a extinção de cobertura em caso de perda do vínculo de dependência com o segurado principal, por não mais existirem os requisitos que lhe davam esta qualidade (casado não separado de fato, ou de direito), ainda que este fato não seja comunicado à seguradora. Acresça-se que, com a morte do ex-cônjuge acessório, era lícito ao segurador manter a continuidade da cobrança do prêmio, cujo valor não se altera – importante ressaltar – com a ausência do cônjuge, já que o cônjuge principal supérstite (segurado) continua coberto, vale sempre repetir.

Por fim, a decisão do STJ que ora se comemora por seus inegáveis acertos faz muito bem à operação do seguro de vida, notadamente na “*cláusula suplementar de cônjuge*” que volta a suspirar aliviada. Mais uma vez, portanto, nossos encômios à ministra Nancy, também ao ministro Ricardo Cueva e demais integrantes da turma, já que unânime a decisão, por bem compreenderem o fundamento técnico e jurídico da cláusula.

7. Referências onomásticas

Massami Uyeda (Ministro STJ. Relator no REsp nº 1.129.048 - DJe 03/02/2010)

Nancy Andrighi (Ministra STJ. Relatora no REsp nº 1.695.148 - DJe 25/06/2018)

Ricardo Villas Bôas Cueva (Ministro STJ no REsp nº 1.431.370 - DJe 22/08/2017)

Acórdão do plenário do STF, na ADI nº 4704/DF: impossibilidade de os Estados-membros legislarem sobre relações contratuais securitárias e sobre registro, desmonte e comercialização de veículos sinistrados.

Fábio Kunz da Silveira*

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar o conteúdo do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI nº 4704/DF, o qual declarou a inconstitucionalidade de sete artigos da Lei Estadual nº 15.171/2010, proveniente do Estado de Santa Catarina, bem como os reflexos deste julgamento, considerando, sobretudo, a existência de outras normas estaduais com conteúdo similar.

Abstract: The present work intends to analyze the content of the ruling issued by the Supreme Federal Court in judging the constitutionality of seven articles of Santa Catarina's State Law nº 15.171/2010 (ADI 4704/DF). The supreme court declared the unconstitutionality of seven articles and also came to a decision regarding other state norms with similar content.

Palavras-chave: Competência privativa. Competência concorrente. Relações securitárias. Relações de consumo. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa.

Keywords: Jurisdiction. Insurance relations. Consumer relations. Formal unconstitutionality. Initiative defect.

Sumário: 1. Introdução; 2. O contexto da ADI nº 4704/DF e o julgamento do Supremo; 2.1. A inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 6º e 8º: competência concorrente para legislar sobre consumo não autoriza avanço sobre relações securitárias; 2.2. A inconstitucionalidade dos arts. 10, 11 e 12: usurpação da competência para legislar sobre trânsito e vício de iniciativa; 3. A ADI nº 4704/DF enquanto leading case; 4. Conclusão; 5. Referências.

* Advogado e sócio do escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-Graduado em Direito Tributário pela mesma instituição. Vice-Presidente do Conselho de Administração do Sicoob Advocacia (2017-2020). E-mail: fabio@mh.adv.br | <https://mh.adv.br/advogado/fabio-kunz-da-silveira/>

1. Introdução

Quando o legislador constitucional, baseado no princípio da predominância do interesse, repartiu as competências legislativas entre os Entes Federados nos artigos 22, 24 e 30, utilizou-se da premissa de que determinadas matérias deveriam necessariamente ser normatizadas de modo uniforme em todo o território nacional¹, enquanto outras poderiam ser melhor amoldadas às particularidades locais.

Mas, não raro, ocorrem situações nas quais um Ente invade a competência do outro por divergência interpretativa acerca da natureza da matéria legislada. É o caso, por exemplo, das relações securitárias, pois se de um lado a competência da União para legislar sobre direito civil e seguros é privativa (art. 22, I e VII, da CF/88), por outro, é inequívoco que essa relação é qualificável como sendo de consumo, matéria sobre a qual os três Entes Federados possuem alguma competência².

O precedente a seguir analisado, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal recentemente, dirimiu importante fonte de controvérsia a respeito da situação hipotética ilustrada no parágrafo anterior, ao apreciar a constitucionalidade de dispositivos de lei estadual proveniente do Estado de Santa Catarina.

2. O contexto da ADI nº 4704/DF e o julgamento do Supremo

A ADI nº 4704/DF foi proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade de sete artigos da Lei Estadual nº 15.171/2010. As violações ao texto constitucional alegadas podem ser divididas em dois grupos, conforme a temática dos dispositivos: (i) os arts. 1º, 2º, 6º e 8º da Lei Estadual nº 15.171/2010 teriam violado o art. 22, I e VII, da Constituição Federal, por criarem regras relativas a seguros de veículos automotores, impondo às seguradoras uma série de obrigações em face dos segurados, o que caracterizaria invasão à competência privativa da União; (ii) os arts. 10, 11 e 12 da Lei Estadual nº 15.171/2010, teriam violado os arts. 22, XI, 61, § 1º, II, 'e', e 84, VI, 'a', da Carta Magna,

1-Ressalvada a possibilidade de delegação de competência por Lei Complementar, a teor do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal.

2-Competência concorrente, no caso dos Estados e Distrito Federal (art. 24, V) e suplementar em relação aos Municípios (art. 30, II).

seja por regularem questões afetas à legislação de trânsito e acerca da estrutura e atribuições de Órgão ligado à Administração Pública estadual (invadindo competência privativa da União), como também por vício de iniciativa, já que a lei foi proposta no âmbito da Assembleia Legislativa, usurpando competência do Chefe do Executivo estadual.

Ao tomar conhecimento da existência da ação, a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNseg, requereu sua admissão como *amicus curiae*, o que foi deferido pelo relator, Ministro Luiz Fux. Em sua manifestação, a CNseg se aliou às teses descritas na exordial, também pugnando pela decretação de inconstitucionalidade daquelas normas.

Inicialmente, oportuno resumir as principais diretrizes trazidas pelos artigos da lei estadual questionados, segundo a redação vigente na época do ajuizamento da ADI 4704/DF³:

(a) O art. 1º visou garantir ao segurado o direito à livre escolha do estabelecimento para a reparação de veículo sinistrado, vedando às seguradoras impor limitação aos prestadores de serviços credenciados.

(b) O art. 2º determinou que as centrais de atendimento das seguradoras, ao atenderem comunicação de sinistro de veículo, informassem ao segurado sobre a liberdade de escolha do estabelecimento reparador. Já os parágrafos deste normativo previam a necessidade de que os contratos de seguro possuísem cláusulas com destaque a respeito do direito de livre escolha do estabelecimento reparador, também obrigando as seguradoras a aceitarem a escolha e arcarem com os custos de reparação, dentre outras obrigações.

(c) O art. 6º obrigou as seguradoras a entregarem certificado de garantia dos serviços prestados e da relação de peças substituídas, independente do estabelecimento escolhido pelo segurado.

(d) O art. 8º criou modalidade de seguro obrigatório ao impor a aceitação de coberturas de risco para veículos salvados, quando considerados aptos para circulação pelos órgãos estaduais de trânsito.

3-Durante o trâmite da ADI 4704/DF foi promulgada a Lei Estadual 16.622/2015, que alterou a redação de alguns artigos objeto da ação, porém, basicamente para substituir a UFIR por valores em Real no tocante às penalidades.

(e) O art. 10 impôs às seguradoras o dever de comunicar ao DETRAN/SC os acidentes com veículos que resultassem no pagamento de indenização (total ou parcial), enviando mensalmente relatório descritivo daqueles sinistrados.

(f) O art. 11 estabeleceu a obrigação de as seguradoras pedirem autorização ao DETRAN/SC sempre que pretendessem a venda de veículo sinistrado, anexando determinados documentos ao requerimento.

(g) O art. 12 atribuiu ao DETRAN/SC a obrigação de publicar trimestralmente a relação dos veículos sinistrados.

Intimada pelo relator da ADI 4704/DF a prestar informações, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina defendeu a constitucionalidade das normas, com o argumento de que estaria dentro de sua competência concorrente para legislar sobre consumo (art. 24, V, da Constituição Federal). Isso porque o objetivo maior da lei seria ampliar a proteção do consumidor frente a imposições leoninas das seguradoras, conferir transparência à utilização de peças usadas, bem como estabelecer maior rigor no controle de veículos sinistrados.

Em 21/03/2019, o Plenário do STF julgou a ação procedente, por unanimidade, nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º, 6º, 8º, 10, 11 E 12 DA LEI 15.171/2010 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR. DISCIPLINA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS RELATIVAS A SEGUROS DE VEÍCULOS. REGISTRO, DESMONTE E COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS SINISTRADOS. CRIAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA O ÓRGÃO DE TRÂNSITO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL, SEGUROS, TRÂNSITO E TRANSPORTE (ARTIGO 22, I, VII E XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA A ELABORAÇÃO DE NORMAS QUE ESTABELEÇAM AS ATRIBUIÇÕES

DOS ÓRGÃOS PERTENCENTES À ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA RESPECTIVA UNIDADE FEDERATIVA (ARTIGOS 61, § 1º, II, E; E 84, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO.

1. *A competência legislativa concorrente em sede de produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) não autoriza os Estados-membros e o Distrito Federal a disciplinarem relações contratuais securitárias, porquanto compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil (artigo 22, I, da Constituição Federal). Precedentes: ADI 4.228, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 13/8/2018; ADI 3.605, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 13/9/2017; e ADI 4.701, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 25/8/2014.*

2. *O artigo 22, VII, da Constituição Federal dispõe que compete privativamente à União legislar sobre seguros, a fim de garantir uma coordenação centralizada das políticas de seguros privados e de regulação das operações, que assegurem a estabilidade do mercado, impedindo os Estados de legislar livremente acerca das condições e coberturas praticadas pelas seguradoras. Precedentes: ADI 3.207, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe de 25/4/2018; ADI 1.589, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 7/12/2006; e ADI 1.646, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 7/12/2006.*

3. *Compete privativamente à União legislar sobre questões ligadas ao trânsito e sua segurança, como as relativas ao registro, desmonte e comercialização de veículos sinistrados (artigo 22, XI, da Constituição Federal). Precedentes: ADI 874, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 28/2/2011; e ADI 3.444, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 3/2/2006.*

4. *A iniciativa das leis que estabeleçam as atribuições dos órgãos pertencentes à estrutura administrativa da respectiva unidade federativa compete aos Governadores dos Estados-membros, à luz dos artigos 61, § 1º, II, e; e 84, VI, a, da Constituição Federal, que constitui norma de observância obrigatória pelos demais entes federados, em respeito ao princípio da simetria. Precedentes: ADI 3.254, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 2/12/2005;*

e ADI 2.808, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 17/11/2006.

5. In casu, os artigos 1º, 2º, 6º, 8º, 10, 11 e 12 da Lei 15.171/2010 do Estado de Santa Catarina, de origem parlamentar, tanto em sua redação original quanto na redação dada pela Lei estadual 16.622/2015, disciplinaram obrigações contratuais relativas a seguros de veículos, estabeleceram regras quanto ao registro, desmonte e comercialização de veículos sinistrados e criaram atribuições para o órgão de trânsito estadual, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, seguros, trânsito e transporte (artigo 22, I, VII e XI, da Constituição Federal) e usurpando a iniciativa do chefe do Poder Executivo para criar atribuições para os órgãos da administração estadual (artigos 61, § 1º, II, e; e 84, VI, a, da Constituição Federal).

6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 6º, 8º, 10, 11 e 12 da Lei 15.171/2010 do Estado de Santa Catarina, tanto em sua redação original quanto na redação dada pela Lei estadual 16.622/2015.

Observada a subdivisão temática realizada no início deste capítulo, oportuno tecer algumas reflexões acerca do entendimento adotado pela Suprema Corte no citado julgado.

2.1. A inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 6º e 8º: competência concorrente para legislar sobre consumo não autoriza avanço sobre relações securitárias

Ao apreciar a constitucionalidade do primeiro grupo de dispositivos (arts. 1º, 2º, 6º e 8º), o Ministro Luiz Fux ressaltou no corpo do acórdão que “*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que compete privativamente à União legislar sobre relações contratuais, ainda que em sede consumerista, por se tratar de matéria que demanda disciplina uniforme em âmbito nacional*”. Esse excerto do voto deixa claro que, mesmo no exercício de sua competência concorrente para legislar sobre consumo, não podem os Estados ou o Distrito Federal criar obrigações de âmbito contratual, pois neste caso estarão invadindo a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e, eventualmente, outras matérias especificamente mencionadas no rol do art. 22, da Carta Magna (como seguros, no caso concreto).

E, analisando-se especificamente o mercado de seguros de veículos no Brasil, não há como pensar de modo diverso se considerada a amplitude de seu público-alvo. Segundo dados divulgados pelo DENATRAN⁴, no mês de junho de 2019 a frota nacional de veículos era de 102.666.444, sendo que, destes, 55.627.966 correspondiam a automóveis.

Isso reforça o quão inviável seria permitir que o legislador local estabelecesse tratamento jurídico diferenciado aos contratos de seguro firmados em seu território. Afinal, imagine-se a situação de um veículo emplacado no Estado “A”, cuja contratação do seguro tivesse ocorrido no Estado “B”, sendo sinistrado no Estado “C”. Partindo da premissa de que cada Ente Federativo, a pretexto de defender o consumidor, poderia dispor sobre cláusulas contratuais, estabelecer obrigações às seguradoras, e, ainda, criar prerrogativas em benefício do segurado, sem dúvida esse seria um campo fértil à insegurança jurídica. A começar pelas definições quanto à competência para processar a demanda judicial e à legislação aplicável.

O resultado do cenário de insegurança jurídica certamente resultaria no desequilíbrio atuarial das carteiras administradas pelas seguradoras, gerando custo adicional que acabaria sendo repassado aos próprios segurados/consumidores. Essa preocupação não ficou ao largo do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, que em determinada passagem assim ponderou:

É que as particularidades das operações de seguros privados demandam uma coordenação centralizada das políticas e de regulação das operações de seguro, que assegurem a estabilidade do mercado e, em especial, a liquidez e a solvência das sociedades que o integram, impedindo os Estados de legislar livremente acerca das condições e coberturas praticadas pelas seguradoras.

Para além da inconstitucionalidade formal detectada pelo Supremo, não se pode descurar que o mercado securitário já é objeto de ampla regulação em nível federal.

4 - Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/component/content/article/115-portal-denatran/8559-frota-de-veiculos-2019.html>. Acesso em: 1 ago. 2019

O Decreto-lei 73/66⁵, estabeleceu em seu art. 1º que “*todas as operações de seguros privados realizados no País ficarão subordinadas às disposições do presente Decreto-lei*”, enquanto o art. 2º dispôs que o controle estatal sobre os contratos de seguro “*se exercerá pelos órgãos instituídos neste Decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro*”. Ainda, o art. 7º assentou competir “*privativamente ao Governo Federal formular a política de seguros privados, legislar sobre suas normas gerais e fiscalizar as operações no mercado nacional*”. Por sua vez, o art. 8º promoveu a criação do Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, além dos resseguradores, sociedades autorizadas a operar seguros privados e corretores habilitados. Ao longo dos demais dispositivos do Decreto, restou explicitado incumbir ao CNSP e à SUSEP a tarefa de regular e fiscalizar o setor de seguros privados.

No exercício de sua competência, a SUSEP editou vasta legislação através de resoluções, circulares e outros atos normativos, não deixando a descoberto qualquer questão de relevo para o mercado de seguros.

Note-se que a redação do art. 1º da lei estadual em esboço sugeria a ideia de que as sociedades seguradoras custeariam a reparação dos veículos sinistrados somente quando levados a oficinas credenciadas/referenciadas. Todavia, a própria SUSEP, através do art. 14 da Circular nº 269/04⁶, já dispõe que os contratos de seguro devem prever expressamente o direito de livre escolha da oficina pelos segurados.

O que fazem as seguradoras, com respaldo da SUSEP (e o art. 2º da norma estadual pretendia impedir), é indicar uma relação de oficinas referenciadas pelas quais se responsabilizarão pela qualidade do serviço, resguardada a liberdade de escolha do segurado, que poderá optar por oficina distinta; porém, neste caso, ficaria excluída a responsabilidade

5 - O Decreto-lei 73/66 foi editado enquanto vigente a Constituição Federal de 1946, a qual previa a competência da União para legislar sobre direito civil e securitário em seu art. 5º IX, e XV, alíneas ‘a’ e ‘b’. Esse Decreto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1967 (que contemplava tal regramento no art. 8º, IX e XVII, alíneas ‘b’ e ‘c’), assim como pela Constituição Federal de 1988.

6 - Art. 14. *Deverá ser prevista contratualmente a livre escolha de oficinas pelos segurados, para a recuperação de veículos sinistrados.* Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=17171>. Acesso em: 1 ago. 2019.

da seguradora pela qualidade do serviço. Nada mais sensato, pois é através do termo de referenciamento que as seguradoras conseguem selecionar no mercado, criteriosamente, aqueles prestadores com melhor padrão de qualidade, garantindo, por exemplo, que não haja a utilização de peças usadas, recondicionadas ou sem procedência. Ao contrário do que previa o art. 6º da norma catarinense, não parece razoável obrigar as seguradoras a responder por eventual defeito na prestação de serviço, ou pela procedência e qualidade das peças, quando o conserto é realizado em oficina escolhida voluntariamente pelo segurado. A indicação de rede referenciada é salutar ao próprio segurado, que tem diminuída sua vulnerabilidade perante o prestador de serviço, porquanto a seguradora se torna responsável pela indicação, sujeitando-se a responder por serviço prestado de forma inadequada.

Portanto, nem mesmo se poderia dizer que a legislação catarinense teve por objetivo colmatar lacuna nas normas regulatórias. O que houve foi a intenção de alterar regras vigentes, inclusive mediante a criação de modalidade de seguro obrigatório para veículos salvados (art. 8º da lei estadual), em nítida violação ao art. 22, I e VII, da Constituição Federal.

2.2. A inconstitucionalidade dos arts. 10, 11 e 12: usurpação da competência para legislar sobre trânsito e vício de iniciativa

O acórdão em exame lastreou seu convencimento nas duas linhas argumentativas defendidas pelo autor da ADI nº 4704/DF: violação ao art. 22, XI, da Carta Magna, porque a regulação de questões afetas a trânsito é competência privativa da União, assim como em razão de a norma ter sido iniciada no âmbito da Assembleia Legislativa, embora os arts. 61, § 1º, II, 'e', e 84, VI, 'a', da Constituição, exijam que a organização e funcionamento de órgãos da Administração Pública sejam regulamentados a partir de lei proposta pelo Chefe do Executivo.

O Supremo Tribunal Federal já havia analisado situação quase idêntica quando julgou a ADI nº 3254/ES⁷ e declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que também pretendia dispor sobre a baixa e registro de veículos sinistrados.

A par disso, é preciso enfatizar que os três referidos dispositivos da lei catarinense adentraram em matérias já reguladas em nível

7 - ADI nº 3254, Rel^a. Min^a Ellen Gracie, Plenário, DJ de 02/12/2005.

federal. Com efeito, o Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei nº 9.503/97) instituiu o Sistema Nacional de Trânsito e regulou de forma ampla a temática envolvendo o registro de veículos, inclusive aqueles sinistrados⁸, atribuindo a regulamentação ao CONTRAN⁹. Este Órgão, no exercício de sua competência, editou a Resolução nº 297/08, em vigor a partir de 01/01/2010, disciplinando de modo exaustivo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito em caso de sinistro de veículo¹⁰.

Na prática, os arts. 10, 11 e 12 da Lei Estadual nº 15.171/2010 instituíram regras que interferiam diretamente nas operações do DETRAN/SC, criando rotinas distintas daquelas praticadas em obediência às normas do CONTRAN e, com isso, criando ônus direto ao Estado de Santa Catarina. Logo, além do vício de iniciativa por derivar de iniciativa parlamentar, as normas inquinadas também violaram o texto constitucional por invadirem competência privativa da União.

3. A ADI nº 4704/DF enquanto *leading case*

Embora o Supremo Tribunal Federal já possuísse precedentes fulminando normas estaduais que invadiram a competência privativa da União para legislar sobre seguros¹¹, o acórdão que julgou a ADI nº 4704/DF é digno do status de *leading case*, principalmente no tocante à análise empreendida nos arts. 1º, 2º, 6º e 8º da Lei Estadual

8 - Art. 126. O proprietário de veículo irrecuperável, ou destinado à desmontagem, deverá requerer a baixa do registro, no prazo e forma estabelecidos pelo Contran, vedada a remontagem do veículo sobre o mesmo chassi de forma a manter o registro anterior. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

9 - Art. 12. Compete ao CONTRAN:
I - estabelecer as normas regulamentares referidas neste Código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

10 - Posteriormente, houve a edição de Resoluções sucessivas, revogando as anteriores, visando atualizar a legislação.

11 - A propósito, no julgamento da ADI nº 3402/SP, o Plenário declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que obrigava os promotores de eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com cobrança de ingresso a contratarem cobertura de seguro de acidentes pessoais para os frequentadores (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe em 21/10/2015).

nº 15.171/2010. Esses dispositivos continham matéria ainda não submetida ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, a qual se repete (total ou parcialmente) em diversas legislações estaduais país afora.

A título de exemplo, pode-se mencionar o caso da Lei Estadual nº 20.415, de 05/02/2019, do Estado de Goiás¹², que reproduz *ipsis litteris* praticamente todo o conteúdo da lei catarinense em exame. Além disso, as Leis Estaduais nos 13.536 (Bahia)¹³, 16.418 (Ceará)¹⁴, 4.524 (Mato Grosso do Sul)¹⁵, 9.961 (Paraíba)¹⁶ e 16.559 (Pernambuco)¹⁷, possuem artigo cujo conteúdo é similar ao do *caput* e § 1º do art. 2º, da norma catarinense, com o seguinte teor:

As centrais de atendimento das seguradoras deverão informar aos envolvidos, quando do atendimento do sinistro, o direito de livre escolha da oficina reparadora, sem que isso implique por si só a negativa da indenização ou reparação, fazendo constar tal condição, ainda, em destaque no contrato firmado com o segurado.

Sem dúvida, a redação supracitada se encaixa no raciocínio trilhado pelo Ministro Luiz Fux no acórdão da ADI 4704/DF, quando assim concluiu sua análise acerca dos arts. 1º e 2º da lei estadual fustigada:

Ao dispor sobre o conteúdo dos contratos de seguro, a Lei 15.171/2010 do Estado de Santa Catarina impôs e vedou determinada cláusula contratual, sem a correlata previsão

12- Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=374935>. Acesso em: 1 ago. 2019.

13- Disponível em: <http://www.leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-13536-2016-bahia-assegura-ao-consumidor-o-direito-de-livre-escolha-da-oficina-em-casos-de-cobertura-dos-danos-em-veiculo-por-seguradora-no-ambito-do-estado-da-bahia?q=13536>. Acesso em: 1 ago. 2019.

14- Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=352775>. Acesso em: 1 ago. 2019.

15- Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=269457>. Acesso em: 1 ago. 2019.

16- Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=250297>. Acesso em: 1 ago. 2019.

17- Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=374001>. Acesso em: 1 ago. 2019.

no Capítulo XV do Título VI do Código Civil, que trata especificamente dessa espécie de contrato. Dessa forma, violou o artigo 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil.

O fato de outros textos legais estaduais incorrerem nas mesmas hipóteses consideradas formalmente inconstitucionais pelo STF, ao julgar a ADI 4704/DF, abre caminho para novas demandas junto àquela Corte e aponta de modo claro para o resultado que haverá de se efetivar.

4. Conclusão

O precedente do Supremo Tribunal Federal analisado neste artigo dirimiu importante fonte de controvérsia a respeito do alcance da competência concorrente dos Estados, sopesando sua possibilidade de legislar sobre consumo *versus* a inviabilidade de interferir nas obrigações inerentes aos contratos de seguro. Uma das principais consequências da decisão do STF foi evitar que normas locais pudessem esvaziar a competência dos órgãos reguladores do mercado de seguros criados pelo Decreto-lei nº 73/66.

Embora o acórdão da ADI 4704/DF produza efeitos exclusivamente em relação à Lei Estadual nº 15.171/2010, de Santa Catarina, certamente será utilizado como precedente para dirimir conflitos envolvendo outras normas estaduais (tal como aquelas citadas neste artigo) que estejam em conflito com o art. 22, I e VII, da Carta Magna.

5. Referências

BRASIL. *[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro*. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BAHIA. *Lei nº 13.536, de 02 de fevereiro de 2016. Assegura ao consumidor, o direito de livre escolha da oficina em casos de cobertura dos danos em veículo*

por seguradora, no âmbito do Estado da Bahia, Salvador, BA, fev 2016. Disponível em: <http://www.leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-13536-2016-bahia-assegura-ao-consumidor-o-direito-de-livre-escolha-da-oficina-em-casos-de-cobertura-dos-danos-em-veiculo-por-seguradora-no-ambito-do-estado-da-bahia>. Acesso em: 1 ago. 2019.

CEARÁ. *Lei nº 16.418, de 21 de novembro de 2017. Assegura ao consumidor, no âmbito do Estado do Ceará, o direito de livre escolha da oficina em casos de cobertura dos danos em veículos por seguradora*, Fortaleza, CE, nov 2017. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352775>. Acesso em: 1 ago. 2019.

GOIÁS. *Lei nº 20.415, de 05 de fevereiro de 2019. Impõe sanções às seguradoras que praticarem condutas lesivas aos segurados ou a terceiros e adota outras providências*, Goiânia, GO, fev 2019. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=374935>. Acesso em: 1 ago. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei nº 4.524, de 23 de abril de 2014. Assegura ao consumidor, no âmbito do Estado de Mato Grosso do sul, o direito de livre escolha da oficina em casos de cobertura dos danos em veículo por seguradora*, Campo Grande, MS, abr 2014. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269457>. Acesso em: 1 ago. 2019.

PARAÍBA. *Lei nº 9.961, de 21 de janeiro de 2013. Assegura ao consumidor, no âmbito do Estado da Paraíba, o direito de livre escolha da oficina em casos de cobertura dos danos em veículos por seguradora*, João Pessoa, PB, jan 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250297>. Acesso em: 1 ago. 2019.

PERNAMBUCO. *Lei nº 16.559, de 15 de janeiro de 2019. Institui o Código Estadual de Defesa do Consumidor de Pernambuco*, Recife, PE, jan 2019. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=374001>. Acesso em: 1 ago. 2019.

Recurso Extraordinário nº 651.703-RG/PR, Relator o Ministro Luiz Fux – Imposto sobre serviços – Seguro-Saúde – Premissas de julgamento extensivas aos demais ramos securitários

Luiz Gustavo A.S. Bichara*

Francisco Carlos Rosas Giardina**

Resumo: O presente artigo objetiva mostrar a importância do julgamento dos embargos de declaração opostos pela FenaSaúde no Recurso Extraordinário 651.703/PR, bem como seus reflexos para a adequada compreensão da tributação dos demais ramos securitários.

Abstract: The purpose of this article is to show the importance of the judgment of the judicial appeal presented by FenaSaude in Recurso Extraordinário 651.703/PR, as well as its reflexes for an adequate understanding of the taxation of other types of insurance.

Palavras-chave: Seguro Saúde, Embargos de Declaração, Imposto sobre serviço (ISS), Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Health Insurance, Judicial Appeal, Service tax, Supreme Court.

Introdução

Publicado no dia 28 de fevereiro de 2019, o acórdão dos Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 651.703/PR (interposto pela Federação Nacional de Saúde Suplementar – FenaSaúde), relator o Ministro Luiz Fux e proferido por **amplíssima**

* Advogado, Sócio fundador do Bichara Advogados, Procurador Tributário do Conselho Federal da OAB.

** Advogado formado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ em 12/1989. Vice-Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/DF e sócio do Bichara Advogados.

maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, veio diminuir o grande temor que passou a assolar o mercado, após o mesmo Tribunal, na sessão de 29 de setembro de 2016, ter assentado, em sede de repercussão geral, a seguinte tese: “*As operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88*”.

Comentários

No julgamento dos acima mencionados embargos de declaração, o Tribunal afastou a inserção do seguro-saúde na tese da repercussão geral.

Independente do fato de o seguro-saúde nunca ter sido objeto de discussão nesse processo específico (ajuizado que foi por uma empresa de medicina de grupo), algo que tomou o mercado de absoluta surpresa, o receio era de que essa decisão pudesse espriar efeitos para todo e qualquer tipo de seguro, tese que, por equívoco, alguns insistem em defender. Sendo o seguro considerado um serviço, por exemplo, para fins do Código de Defesa do Consumidor, há aqueles que defendem a extensão dessa compreensão para o direito tributário, louvando-se na expressão “*serviços de qualquer natureza*” constante do artigo 156 da Constituição Federal, pelo que a lei complementar teria ampla margem de conformação para incluir o seguro como “serviço” tributável.

Os exemplos de interpretações equivocadas do seguro como serviço são vários, muito especialmente pela Receita Federal do Brasil. Um deles, entre tantos, é a Solução de Consulta COSIT 47/2019 (cuja natureza é vinculativa no âmbito da Receita Federal do Brasil), estabelecendo que, tanto o PIS-Importação, como a COFINS-Importação, incidem “*sobre o pagamento de prêmio de seguro de responsabilidade civil profissional contratado com seguradora sediada no exterior. A base de cálculo da contribuição é de 15% (quinze por cento) do valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido ao exterior (prêmio).*”

A fundamentação da solução de consulta não deixa margem a dúvidas do distranciamento e equívoco da solução proferida, facilmente verificável quando diz que:

“Em resumo: no Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Profissional firmado pela Interessada o segurador irá gerenciar um fundo constituído pelos participantes mediante o pagamento

dos prêmios estabelecidos, adimplindo as indenizações devidas, se for o caso, depois de regularmente processadas e comprovadas suas legitimidades, recebendo uma remuneração pelos serviços prestados.”

Na mesma linha de compreensão, e distorção, também versando sobre PIS/COFINS-Importação sobre retrocessão, a Receita Federal, na Solução de Consulta COSIT 667/2017, declarou que “*a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários*”, contrariando o fato de não há no rol de serviços previstos na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 - ou mesmo da Lei Complementar nº 157/2016 - qualquer atividade que possa abarcar a garantia de riscos delimitados em contrato, como é da natureza do contrato de seguro definido pelo art. 757 do Código Civil.

O Ministro Luiz Fux, conquanto tenha afirmado que o seguro é um serviço¹, defende o entendimento de que esse fato, por si só, não pode fazer incidir o Imposto sobre Serviços – ISS no seguro. Diz Sua Excelência a propósito do assunto:

“Desse modo, a presença da expressão “qualquer natureza” no dispositivo que atribui competência constitucional aos Municípios para a tributação de serviços possibilita a compreensão de que todas as atividades econômicas que se enquadrem nessa definição estarão potencialmente sujeitas à incidência do imposto municipal. Tanto é assim que a própria Constituição faz questão de excepcionar atividades específicas enquadráveis nesse conceito, como é o caso dos serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual (art. 155, II), bem como dos serviços financeiros (art. 153, V), sujeitos, respectivamente, ao ICMS e ao IOF. Nesses casos, o próprio texto constitucional excepcionou a competência municipal, seja por características inerentes à atividade, que extrapola os limites territoriais do Município, seja por se tratar de setor estratégico, cujo manejo da tributação com outros objetivos que não a mera arrecadação impõe o deslocamento da competência tributária para o ente central.

Essa última hipótese corresponde justamente aos serviços ligados a operações de crédito, câmbio, títulos ou valores mobiliários e

1 - Tese em relação a qual guardamos sérias ressalvas, considerando que o se tem na hipótese é um dever de indenizar, algo que se afasta totalmente do campo do serviço

seguros, resumidamente denominados como serviços financeiros, dada a sua integração ao sistema financeiro nacional (art. 192 da Constituição Federal). Por representarem operações inerentes ao mercado financeiro, cuja tributação atua como relevante instrumento de intervenção na economia nacional - a exemplo dos impostos incidentes sobre a importação e a exportação -, desde a EC nº 18/65, responsável pela configuração atual do sistema tributário brasileiro, coube à União a competência para a imposição de exações incidentes sobre as materialidades econômicas inerentes ao setor.

Seguindo a lógica constitucional de atribuir aos Municípios a competência para o exercício e a regulação de atividades de interesse local, cuja prestação não extrapole os seus limites territoriais, seria, inclusive, incongruente atribuir competência municipal para a tributação de atividades relevantes do mercado financeiro. (...)

Logo, a tributação da atividade de seguro compete exclusivamente à União, através do IOF, não havendo que se cogitar a incidência de ISSQN sobre tais atividades, ainda que ligadas à assistência privada à saúde.”

Também o Ministro Luis Roberto Barroso, em curta declaração de voto, sumariou o tema de forma lapidar:

“Presidente, acompanho Vossa Excelência na exclusão das seguradoras, porque acho que são atividades efetivamente distintas. As seguradoras não têm, nem prestam diretamente serviços, nem têm rede credenciada. É um sistema de reembolso. É diferente a lógica das duas atividades. Portanto, eu acho que é legítima a diferenciação na tributação, como fez a legislação: IOF num caso e ISS no outro.

De modo que eu acho que a nossa tese disse mais do que deveria dizer e que a exclusão está correta. Também não estou dando a modulação, tal como Vossa Excelência.”

Com efeito, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS remonta ao texto constitucional de 1967, mantido, no particular, pela Emenda Constitucional de 1969 e novamente trazido pela Constituição de 1988. Em todos os textos constitucionais, essa expressão “serviços de qualquer natureza” surge como elemento necessário à tributação de qualquer atividade pelo ISS.

Antes de todas essas dimensões, contudo, fato é que a cobrança

do IOF sobre a atividade de seguros vinha já disciplinada pela Lei nº 5.143 de 1966, deixando fora de dúvidas de que, até por sua contemporaneidade, tratava-se de conceitos opostos àqueles posteriormente editados.

Em que pese o ISS não seja um tributo inovado pela Constituição de 1988, a dificuldade de se definir o que se possa considerar como prestação de serviços, especialmente serviços de qualquer natureza, tem levado a perplexidades infundáveis na Receita Federal do Brasil, bem como no Supremo Tribunal Federal, agravadas pela circunstância de que, em se tratando de um imposto municipal, se abre a possibilidade de múltiplas interpretações pelos milhares de municípios brasileiros.

Serviço, é importante deixar bastante claro, não é um conceito sujeito a uma interpretação unívoca. Tanto assim o é, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, julgando o Recurso Extraordinário nº 592.905/SC, sobre o ISS no contrato de arrendamento mercantil, iniciou um debate bastante preocupante a respeito. O Ministro Relator Eros Grau, relator do recurso, fazendo alusão ao conceito de “serviços de qualquer natureza”, assim sumariou seu entendimento:

“Em síntese, há serviços, para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição, que, por serem de qualquer natureza, não consubstanciam típicas obrigações de fazer. Raciocínio adverso a este conduziria à afirmação de que haveria serviços apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o direito privado. Note-se, contudo, que afirmação como tal faz tábula rasa da expressão “de qualquer natureza”, afirmada no texto da Constituição. Não me excedo em lembrar que toda atividade de dar consubstancia também um fazer e há inúmeras atividades de fazer que envolvem um dar.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. (...)”

Com essa “virada jurisprudencial” do STF, serviço, basicamente, para fins de incidência do ISS, é aquilo que a Lei Complementar 116/2003 o define. Assim, entretanto, não nos parece, porque o legislador não tem cheque em branco dado pela Constituição Federal para definir como serviço o que bem lhe aprouver. Uma interpretação

contrária a essa equivaleria a dar mais importância ao legislador complementar do que ao texto da Constituição da República, o que, por evidente, não se sustenta.

Contudo e como muito bem decidido pelo STF nos Embargos de Declaração no RE 651.703/PR, quer se entendam as expressões “serviços” e “serviços de qualquer natureza” como algo a ser definido pelo intérprete ou, diversamente, fenômenos relacionados ao direito privado, o “serviço” de que se trata (seguro) somente pode, **em tese e a princípio**, ser tributado pela União Federal, nunca por outros entes federativos. A não ser assim, ruirá por completo o sistema tributário, uma vez que não se terá a mínima segurança, princípio tão caro e necessário ao bom e regular desenvolvimento da atividade econômica. A tributação do seguro ficaria à mercê das interpretações dos fiscos municipais.

Por fim, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha caminhado muito bem no sentido de que os municípios e estados não podem tributar o seguro (porquanto atividade econômica sujeita à regulação exclusiva da União Federal), ainda persistem problemas relativos a alguns tributos federais supostamente incidentes sobre os prêmios de seguro, tributos estes que se encontram dissociados das hipóteses em que podem eles incidir, como é o caso antes citado do PIS/COFINS-Importação sobre retrocessão e resseguro.

Conclusão

Indiscutivelmente, o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 651.703/PR foi um grande avanço para o setor securitário. Ainda assim, o setor enfrenta problemas seríssimos de tributações indevidas, por parte da União Federal, sobre o seguro. É imprescindível que o segmento siga alerta, agindo sem descanso para que não vingam interpretações equivocadas como a acima analisada no artigo, que o STF, finalmente, veio a corrigir nos embargos de declaração da FenaSaúde.

A embriaguez no seguro de automóvel e suas consequências jurídicas, em acórdãos da 4ª Turma do STJ, no Agravo e no Agravo Interno No 1063211/RJ – Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti

José Roberto Alves Coutinho*

Resumo: O presente trabalho discorre sobre os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma, no agravo e no agravo interno no 1063211/RJ, tendo como Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, que trataram da questão da embriaguez no seguro de automóvel e suas consequências jurídicas.

Abstract: The present work deals with the judgments of the Superior Court of Justice - 4th Group, in the review and internal review appeal nº 1063211/RJ, with the Minister Maria Isabel Gallotti as Rapporteur, which dealt with the issue of drunkenness in motor insurance and its consequences

Palavras-chave: Seguro automóvel, limitação do risco, embriaguez, isenção de indenizar, nulidade do contrato, ato doloso.

Keywords: Car insurance, risk limitation, drunkenness, exemption from indemnification, nullity of the contract, willful act.

Sumário: Embriaguez no seguro de automóvel. Isenção de obrigação indenizatória da Seguradora. Incidência de agravamento do risco. Validade da cláusula contratual excludente de cobertura. Limitação dos riscos. Nulidade do contrato de seguro por ato doloso. Princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato. Força da prova indiciária. Conjunto probatório testemunhal e registro de ocorrência policial mesmo diante da inexistência de laudo de dosagem alcoólica. Demonstração do nexo causal.

* Advogado especializado em direito securitário, sócio do escritório J. Coutinho Advogados Associados, integrante da Comissão Jurídica da CNseg e do Grupo Nacional de estudos de Seguro e Processo Civil da AIDA. Pós-graduado em Direito empresarial pela Universidade Estácio de Sá; em Direito Contratual pela FGV. (jracoutinho@castroecoutinho.com.br)

Objeto da demanda judicial

Trata-se de ação movida pela segurada, pleiteando indenização por danos ao veículo segurado por apólice de seguro auto, no momento do sinistro conduzido pelo filho da autora.

A Seguradora sustentou a recusa, tendo em vista que o condutor do veículo encontrava-se em notório e acentuado estado de embriaguez, tendo invadido a contramão de direção, atingindo e matando duas pessoas. Foi demonstrado, dentre o mais: nexos causal; incidência de agravamento do risco; validade da cláusula contratual excludente de cobertura; limitação dos riscos; nulidade do contrato de seguro por ato doloso; aplicação dos princípios da boa fé objetiva e função social do contrato; força da prova indiciária e conjunto probatório testemunhal; validade do registro de ocorrência policial mesmo diante da inexistência de laudo de dosagem alcoólica e, por conseguinte, a perda do direito indenizatório, tendo em conta a incidência de infração legal e contratual. Mostrados também os ensinamentos doutrinários e jurisprudencial pertinentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Decisões e recursos

Em primeira instância, foi rejeitada a tese defensiva, tendo sido julgada procedente a ação que condenava a Seguradora ao pagamento indenizatório.

Por decorrência do recurso de apelação da Seguradora, a 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu provimento ao recurso e reformou a sentença, para julgar improcedente a demanda, cuja ementa assim se firmou:

APELAÇÃO. Acidente de trânsito. Recusa de cobertura do sinistro por seguradora. Acidente automobilístico com três vítimas, sendo duas fatais. O condutor do veículo no momento do acidente era um filho da segurada. Alegação de embriaguez no momento do acidente a afastar o dever de indenização securitária. Depoimentos do médico e do técnico em enfermagem que fizeram o primeiro atendimento ao condutor do veículo no sentido de que ele estava alcoolizado. Depoimento da mãe do motorista no sentido de que ele estaria voltando de uma festa, e de um colega de trabalho do condutor do veículo no sentido de que ele teria saído de um churrasco, com consumo liberado de bebidas, antes do acidente. Circunstâncias fáticas apontadas no boletim de registro de acidente de trânsito

que indicam alta velocidade e contramão de direção. Verossímil a tese de que o condutor havia consumido álcool. Entendimento jurisprudencial de que a seguradora deve comprovar a causalidade entre a embriaguez e o sinistro para eximir-se de responsabilidade que não isenta, por outro lado, o consumidor de produzir prova mínima de suas alegações. Fortes indícios de incremento do risco coberto pela seguradora por parte do condutor do veículo segurado que autorizam a recusa de pagamento da indenização...

A segurada apresentou Recurso Especial, tendo sido negado seguimento pela Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, havendo, em consequência, agravo para o STJ, distribuído para a 4ª. Turma, com relatoria da mencionada Ministra que, em decisão monocrática rejeitou esse recurso e confirmou o acórdão da 23ª Câmara Cível do TJRJ, sobrevivendo o Agravo Interno julgado pelo colegiado, que manteve a decisão da relatora, cujos fundamentos resumidos seguem transcritos abaixo.

Indicação dos principais fundamentos legais aplicáveis

Os principais fundamentos legais aplicáveis aos julgados encontram-se previstos nos artigos 757, 759, 760, 762, 765, 768, 421, 422, 104 (incisos II e III), 166 (incisos II e VII), 476, 231 e 227, todos do Código Civil, em conjugação com os artigos 405, 442 e 371, do Código de Processo Civil, bem como do artigo 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, além da aplicação da Súmula 575 do STJ e dos artigos 310 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Seguem-se as ementas da decisão monocrática da relatora que rejeitou o agravo da segurada, bem como do acórdão do colegiado que manteve a referida decisão objeto destes comentários, assim proferidas:

Decisão monocrática no agravo da segurada (julgado em 19/5/17)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.211 - RJ (2017/0045250-3) RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - AGRAVANTE: LIENE DE MATTOS WERMELINGER ADVOGADOS: HAMILTONSAMPAIODASILVA-RJ047631 DANIEL DE CASTRO SOARES - RJ148972 - AGRAVADO: ALLIANZ SEGUROS S/A ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO ALVES COUTINHO - RJ038497

DECISÃO Trata-se de agravo manifestado por Liene de Mattos Wermelinger contra decisão que negou seguimento a recurso especial, (...), impugnando acórdão da 23ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (apelação cível Nº 00009809120148190028), com a seguinte ementa: “APELAÇÃO. Acidente de trânsito. Recusa de cobertura do sinistro por seguradora. Acidente automobilístico com três vítimas, sendo duas fatais. O condutor do veículo no momento do acidente era um filho da segurada. Alegação de embriaguez no momento do acidente a afastar o dever de indenização securitária. Depoimentos do médico e do técnico em enfermagem que fizeram o primeiro atendimento ao condutor do veículo no sentido de que ele estava alcoolizado. Depoimento da mãe do motorista no sentido de que ele estaria voltando de uma festa, e de um colega de trabalho do condutor do veículo no sentido de que ele teria saído de um churrasco, com consumo liberado de bebidas, antes do acidente. Circunstâncias fáticas apontadas no boletim de registro de acidente de trânsito que indicam alta velocidade e contramão de direção. Verossímil a tese de que o condutor havia consumido álcool. Entendimento jurisprudencial de que a seguradora deve comprovar a causalidade entre a embriaguez e o sinistro para eximir-se de responsabilidade que não isenta, por outro lado, o consumidor de produzir prova mínima de suas alegações. Fortes indícios de incremento do risco coberto pela seguradora por parte do condutor do veículo segurado que autorizam a recusa de pagamento da indenização...

No caso, restou evidenciado pela instância ordinária o estado de embriaguez do condutor do veículo segurado e o excesso de velocidade, pelo que se tem que a embriaguez ao volante foi, indubitavelmente, causa eficiente do sinistro, sem o que o condutor não teria perdido os reflexos e conseguiria diminuir a velocidade ao avistar o veículo cruzando a pista e conseguiria frear após o acidente... No caso dos autos, todavia, à luz dos elementos informativos do processo, concluiu a instância a quo que “resultam verossímeis, assim, as alegações da seguradora, considerando os depoimentos e fatos acima narrados, que indicam a prática de conduta que incrementou o risco assumido pela seguradora” (e-STJ, fl. 422), de modo que mereceu reforma “a sentença, considerando-se o agravamento do risco e o afastamento do dever de indenizar da seguradora, em decorrência da direção sob efeito de álcool.” Pouco importa, assim, se há relação de consumo entre as partes, haja vista que o agravante do risco, no caso concreto, é causa para se afastar o dever da seguradora. A propósito: 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, incrementa o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária.* 3. *A configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos). O agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa in vigilando) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia à 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 absenteísmo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual,*

sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade. 7. Sob o prisma da boa-fé, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação. 8. Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros). 9. Recurso especial não provido. (REsp 1485717/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 14/12/2016). Diante do exposto, nego provimento ao agravo. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de maio de 2017 - MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - Relatora.

Decisão colegiada no agravo interno (julgado em 21/6/18, decisão unânime).

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.211 - RJ (2017/0045250-3) RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - AGRAVANTE: LIENE DE MATTOS WERMELINGER ADVOGADOS: HAMILTON SAMPAIO DA SILVA - RJ047631 DANIEL DE CASTRO SOARES - RJ148972 - AGRAVADO: ALLIANZ SEGUROS S/A ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO ALVES COUTINHO - RJ038497 -

EMENTA: AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUTOMÓVEL. SEGURO. ACIDENTE. INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. CAUSA DO ACIDENTE. REEXAME. SÚMULA N.

7/STJ. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. ARTS. 932, III, E 1.021, § 1º, DO CPC. SÚMULA N. 182/STJ. NÃO CONHECIMENTO. 1. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 2. Nos termos do art. 1021, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 e da Súmula 182/STJ, é inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. 3. Agravo interno não conhecido. ACÓRDÃO A Quarta Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo interno, nos termos da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Luis Felipe Salomão votaram com a Senhora Ministra Relatora. Brasília (DF), 21 de junho de 2018 (Data do Julgamento) MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora.

(VOTO CONDUTOR DA MINISTRA RELATORA NO COLEGIADO) “AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.211 - RJ (2017/0045250-3) RELATÓRIO MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de agravo interno interposto por Liene de Mattos Wermelinger em face da seguinte decisão, que negou provimento ao agravo: Trata-se de agravo manifestado por Liene de Mattos Wermelinger contra decisão que negou seguimento a recurso especial, interposto pelo artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, no qual se alegou violação dos artigos 765 do Código Civil; 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor; 5º, § 1º, b, da Lei 6.194/74; e 926 e 927 do Código de Processo Civil, associada a dissídio jurisprudencial, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa: APELAÇÃO. Acidente de trânsito. Recusa de cobertura do sinistro por seguradora. Acidente automobilístico com três vítimas, sendo duas fatais. O condutor do veículo no momento do acidente era um filho da segurada. Alegação de embriaguez no momento do acidente a afastar o dever de indenização securitária. Depoimentos do médico e do técnico em enfermagem que fizeram o primeiro atendimento ao condutor do veículo no sentido de que ele estava alcoolizado. Depoimento da mãe do motorista no sentido de que ele estaria voltando de uma festa, e de um colega de trabalho do condutor do veículo no sentido de que ele teria saído de um churrasco, com consumo liberado de bebidas, antes do acidente. Circunstâncias fáticas apontadas no boletim de registro de acidente de trânsito

que indicam alta velocidade e contramão de direção. Verossímil a tese de que o condutor havia consumido álcool. Entendimento jurisprudencial de que a seguradora deve comprovar a causalidade entre a embriaguez e o sinistro para eximir-se de responsabilidade que não isenta, por outro lado, o consumidor de produzir prova mínima de suas alegações. Fortes indícios de incremento do risco coberto pela seguradora por parte do condutor do veículo segurado que autorizam a recusa de pagamento da indenização. Afirmou que a embriaguez ao volante, por si só, não é causa para afastar o dever da seguradora de pagar o capital segurado, nos termos da jurisprudência desta Corte, de modo que devem as instâncias inferiores seguir a orientação firmada nesta Casa a respeito do tema, além de o contrato de consumo dever ser interpretado favoravelmente ao consumidor.

RELATÓRIO E VOTO – (...) No caso, restou evidenciado pela instância ordinária o estado de embriaguez do condutor do veículo segurado e o excesso de velocidade, pelo que tem-se que a embriaguez ao volante foi, indubitavelmente, causa eficiente do sinistro, sem o que o condutor não teria perdido os reflexos e conseguiria diminuir a velocidade ao avistar o veículo cruzando a pista e conseguiria frear após o acidente. Nesse contexto, elidir as conclusões do aresto impugnado para se entender de forma diversa, demandaria o reexame do acervo fático probatório dos autos, o que é inadmissível na estreita via do recurso especial, consoante a Súmula n. 7 desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento: O inconformismo não merece acolhida. Não há a invocada divergência jurisprudencial, na medida em que esta Corte sempre sufragou a tese de que a ingestão de bebida alcoólica não é causa, por si só, para a seguradora se eximir do dever de pagar o valor do seguro no caso de acidente com o veículo segurado. O caso, todavia, foi o de que o acidente decorreu da ingestão de álcool, de sorte que, sob essa perspectiva, o reexame da questão esbarra nas disposições do verbete n. 7 da Súmula desta Corte, Diante do exposto, não conheço do presente agravo interno. É como voto. Brasília (DF), 21/6/18, MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - relatora - decisão unânime.

PRINCIPAIS TÓPICOS E DISPOSITIVOS LEGAIS QUE FUNDAMENTARAM AS DUAS DECISÕES DA 4ª TURMA. DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: embriaguez no seguro de automóvel – nulidade do

contrato de seguro por ato doloso - incidência de agravamento de risco- validade da cláusula contratual excludente de cobertura -- isenção de obrigação indenizatória da Seguradora -- limitação dos riscos — princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato — força da prova indiciária e conjunto probatório testemunhal e registro de ocorrência policial mesmo diante da inexistência de laudo de dosagem alcoólico - demonstração do nexo causal.

Princípios fundamentais do seguro – abordados e admitidos nas decisões

Embora o acórdão tenha indicado somente o artigo 768 do Código Civil (agravamento de risco), em análise mais aprofundada extraem-se vários princípios fundamentais securitários e dos contratos em geral, razão pela qual abordaremos cada qual desses tópicos e os respectivos dispositivos jurídicos, no contexto geral do caso concreto.

Embriaguez no seguro de automóvel – ato ilícito e doloso – nulidade do contrato de seguro

Como é de conhecimento, a embriaguez causa transtornos à saúde e ao comportamento do ser humano em diversos níveis, embora variando os efeitos para cada pessoa. Dentre as formas diversas de alterações dela decorrentes temos desequilíbrio corporal e emocional, desorientação mental e esquecimento, lentidão dos reflexos, gerando consequências muitas vezes trágicas.

A embriaguez torna-se ainda mais perigosa e com consequências geralmente graves, quando as pessoas neste estado conduzem veículos, situação em que podem dar causa a danos materiais e lesões pessoais, letais ou não, gravesas ou menos intensas, como demonstram estudos científicos e reiteradas estatísticas sobre acidentes de trânsito decorrentes da intoxicação alcoólica do condutor.

A gravidade e a letalidade deste comportamento por parte de motoristas alcoolizados levou o legislador a uma radical alteração no Código de Trânsito Brasileiro, tipificando como crime tanto a direção direta do automotor, como a simples permissão de entregar a terceiro, que se disponha a embriagar-se, a respectiva condução de veículo na forma dos artigos 310 e 306 do CTB, segundo os quais:

Artigo 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com

o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Artigo 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A questão não passou despercebida pelos nossos tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, tanto que editou a Súmula 575, segundo a qual: “*Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.*”

Relevante notar, que a condução, confiança, empréstimo, entrega de veículo à pessoa que esteja em estado de embriaguez, caracteriza crime, independente de ocasionar ou não danos pessoais ou materiais, representando perigo de dano em potencial, havendo, portanto, tipificação de ilícito penal, podendo ser classificado como culpa grave ou dolo eventual, ato ilícito criminal mesmo.

Nesta linha de raciocínio, podem-se aplicar esses mesmos fundamentos ao contrato de seguro, notadamente o seguro de dano, aí abrangendo o de automóvel, aplicando-se a regra do artigo 762 do Código Civil e sua consequente nulidade, posto que inserido no conceito de dolo e cometimento de ato ilícito penal, cujo dispositivo legal assim preceitua: *Nulo será o contrato para garantia do risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.*

Havendo, portanto, ilicitude quanto ao objeto do negócio jurídico securitário, via de consequência, não poderá ser válido e nem produzir efeitos jurídicos, sendo nulo, consoante os determinativos insculpidos nos artigos 104, inciso II, combinado com o 166, incisos II e VII, do Código Civil, no seu sistema de vasos comunicantes, segundo os quais:

Artigo 104, inciso II

A validade do negócio jurídico requer:

II – objeto lícito...”

“Artigo 166, incisos II e VII

É nulo o negócio jurídico quando:

II – ilícito,... seu objeto

VII – a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir-lhe a prática...

A doutrina acentua com propriedade essa questão, tanto da periculosidade e da voluntariedade de quem dirige embriagado, como a configuração de ilícito penal grave, o que influi decisivamente na nulidade do contrato de seguro e na consequente perda do direito ao seguro como se colhe dos ensinamentos de RICARDO BECHARA SANTOS, nos seus comentários a decisão da 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1665701, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, publicado na Revista Jurídica de Seguros Nº 8 (Maio/18) página 223: [...] *E se a embriaguez ao volante, como se verá, é conduta que caracteriza dolo, culpa grave ou culpa consciente, o segurado, nesse estado, perde o direito à garantia, em qualquer modalidade de seguro [...].*

Ainda no dizer de RICARDO BECHARA SANTOS, em artigo referente a “Comentários sobre a súmula 575 do Superior Tribunal de Justiça”, temos que:

[...] A Corte, assim, caracterizou como crime de perigo o simples fato de permitir, confiar ou entregar veículo a pessoa não habilitada, decisão que reforça, sobremaneira, a excludente prevista nos contratos de seguro de automóvel, cuja cláusula costuma hoje ser redigida de modo a simplesmente excluir da cobertura o fato de o veículo estar sendo conduzido por pessoa inabilitada, embriagada ou drogada no momento do sinistro, reforçando também a tese do agravamento intencional do risco conforme o artigo 768 do CC e a presunção do nexo causal.

Posto assim resta claro, à luz da Súmula 575 da mais alta Corte de Justiça Infraconstitucional do País, o STJ, que entregar seu veículo a pessoa não habilitada, embriagada ou drogada é CRIME, independente de acidente ou perigo de dano, é dizer, com dispensa do nexo de causalidade! Isso porque, a entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, embriagada ou drogada é crime de perigo abstrato. Melhor dizendo, é de perigo ABSTRATO o

crime previsto no art. 310 do CTB. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento ou consumação do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, por embriaguez ou uso de droga, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança [...]

Oportuno trazer igualmente mais outra opinião do indicado respeitado jurista, em artigo a respeito de “Comentários ao REsp 1485717, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, lecionando que:

[...] Ponto destacado do voto foi o de que o segurado deve se portar como se não tivesse seguro, devendo abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a terceiro que queira dirigir embriagado, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade.

Certo de que o princípio da boa-fé objetiva é peculiaridade fundamental do contrato de seguro, foi também 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 se rompe com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação, máxime diante das características próprias do seguro em que a mutualidade é pedra angular e fundamental e, à luz dos fundamentos do contrato de seguro, impõe-se a presunção de que o risco foi agravado e do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro, salvo se demonstrado que o sinistro ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa exclusiva de outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros)[...]

Incidência de agravamento de risco – validade da cláusula contratual excludente de cobertura – isenção de obrigação indenizatória da Seguradora

A direção sob o efeito de substância alcoólica, ou a permissão e entrega do veículo a terceiro que esteja ou venha a estar neste estado,

constitui ato perigoso e de riscos danosos em potencial, podendo ser caracterizado como perigo concreto ou abstrato, agindo com dolo eventual ou culpa grave (consciente), tanto que possui tipicidade penal.

Tal conduta não se coaduna com os fundamentos do contrato de seguro em geral, seja pela repulsa à prática de ato doloso, seja pela agravação intencional do risco, propiciando sanções no sentido de perda do direito indenizatório e à própria garantia do seguro, como determinam os artigos 762 (antes transcrito) e 768 ambos do Código Civil, sendo este último específico do fato gerador que implica na perda do direito do segurado: *Artigo 768. O segurado perderá o direito a garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.*

É notório que dentre os princípios basilares do contrato de seguro estão a involuntariedade e a aleatoriedade, de modo a afastar a intencionalidade e agravação dos riscos delimitados desde a contratação do seguro, por ação ou omissão do segurado. Daí a previsão legal de que, se algum fato influir na agravação do risco, o segurado é obrigado a comunicar à seguradora tão logo dele tome conhecimento, pois não o fazendo acarretará a perda do direito à garantia, ou seja, do próprio seguro, nos exatos termos do artigo 769 do CC: *O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.*

É da essência do contrato de seguro, desde a proposta e durante toda a sua vigência e execução, que sejam previamente delimitados os riscos, condição essencial inclusive para subscrição e cálculo do prêmio em consonância com as normas dos artigos 757, 759 e 760, todos do Código Civil:

Artigo 757: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Artigo 759: A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

Artigo 760: A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite de garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário.

Assim, perfeitamente válida e eficaz a cláusula de ausência de cobertura se o sinistro ocorrer pelo fato da embriaguez do condutor do veículo, pouco importando seja este o segurado ou terceiro, aí incluída pessoa do grupo familiar, tal como ocorreu no caso examinado, estando ao volante o filho da segurada, em estado de comprovada e confessa embriaguez, corroborada pelo registro de ocorrência policial e prova testemunhal. Sendo risco expressamente excluído por força de cláusula contratual, portanto, com limitação de direitos, e total permissão legal do artigo 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§4º - As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Consequência direta é a perda do direito ao seguro, não só pelo agravamento do risco como pela prática de ato doloso tipificado na lei penal de trânsito com o referendo da Súmula 575 do Superior Tribunal de Justiça, como também por força de lícita e legítima cláusula excludente expressa no contrato de seguro.

Ainda consoante os ensinamentos de RICARDO BECHARA SANTOS, em artigo sobre *embriaguez no seguro auto e a força da prova testemunhal*, que se extrai de seu livro *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria, Forense*, página 712, *literis*:

[...] É que o seguro tem por apanágio, por característica mesmo, a delimitação do risco no contrato, pois é com base nos riscos ali expressamente delimitados como cobertos e não cobertos que o segurador pode calcular a taxa do prêmio e dimensionar a sua responsabilidade, por isso o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, parágrafo 4º, admite as cláusulas limitativas ou restritivas do direito do consumidor.... até porque a exclusão em causa está em plena sintonia com a lei e com a sociedade que repreendem e recriminam a embriaguez ao volante.

A respeito da preservação do princípio da boa fé objetiva e agravamento do risco por embriaguez, inevitável também trazer à

colação o entendimento do citado jurista RICARDO BECHARA SANTOS:

[...] Certo de que o princípio da boa-fé objetiva é peculiaridade fundamental do contrato de seguro, foi também 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 se rompe com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação, máxime diante das características próprias do seguro em que a mutualidade é pedra angular e fundamental e, à luz dos fundamentos do contrato de seguro, impõe-se a presunção de que o risco foi agravado e do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro, salvo se demonstrado que o sinistro ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa exclusiva de outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros) [...] (artigo de comentários ao REsp nº 1485717, da 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, admitindo a cláusula excludente de cobertura em caso de sinistro por embriaguez de condutor diverso do segurado).

Nesta senda, e a respeito da Súmula 575 do Superior Tribunal de Justiça, o citado jurista comenta no mesmo artigo que: *A embriaguez por si só, independentemente de o motorista oferecer risco efetivo para os usuários da via pública, é passível de severa punição, inclusive com a perda da garantia do seguro em face do agravamento intencional do risco caracterizando dolo e culpa grave (CC artigo 768).*

Em igual linha de pensamento, LUIS ANTONIO GIAMPAULO SARRO, abordando o mesmo tema, em artigo publicado na Revista Jurídica de Seguros Nº 7, de novembro/17, páginas 256 e 257, ensina que:

O princípio da boa fé contratual impõe ao segurado o dever de fidelidade e de cooperação no sentido de evitar o agravamento do risco contratado, abstendo-se de conduzir ou de entregar a condução do veículo a alguém desidioso que poderia vir a ingerir bebida alcoólica ou outra qualquer substância entorpecente e em seguida assumir a direção do veículo segurado (...)

... Firmou-se corretamente o entendimento de que o agravamento de risco de que trata o artigo 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 a quem confia a prática do ato (culpa in eligendo).

... 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.

Com efeito, os acórdãos em destaque, embora não tenham explicitamente mencionado outros dispositivos legais, também utilizaram em suas razões de decidir os princípios fundamentais que regem os contratos em geral, especialmente os de seguro, com estreito entrelaçamento entre eles e que aplicam-se ao caso concreto julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, dentre outros, destacam-se: “função social do contrato”, *boa fé objetiva e veracidade e exceção do contrato não cumprido*, que estão expressamente regulados no ordenamento jurídico nos artigos 421, 422, 765 e 476, todos do Código Civil, segundo os quais:

Artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé.

Artigo 765: O segurado e segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Artigo 476: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

No caso concreto, esses quatro princípios e os respectivos dispositivos legais acima transcritos não foram observados, nem pela seguradora autora da ação, nem pelo condutor do veículo, posto que, ao consciente e voluntariamente entregar o veículo para seu filho que dirigiu em estado de embriaguez, do conhecimento da sua mãe, gerou

irreversível desequilíbrio contratual, não atentando para a real função social do contrato de seguro (inclusive o princípio do absentismo) e com isso proporcionando exposição de perigo à sociedade e agravamento do risco (tanto que resultou em duas vítimas fatais ao invadir contramão de direção), não agindo de boa fé ao dar oportunidade para o cometimento de ilícito penal e prática de ato doloso, além de ignorar a essência dos contratos em geral, especialmente de seguro, em que as partes contratantes devem reciprocamente agir com total transparência, lisura e extrema boa fé, condições essas inobservadas pela segurada, que vilipendiou as normas dos artigos 421, 422 e 765 do Código Civil, já descritos acima.

Acresça-se que, neste cenário, cabível também a incidência do princípio da *exceção do contrato não cumprido*, pelo fato de que a segurada não cumpriu com sua obrigação principal e primeira de abster-se de cometer ato ilícito e de agravar o risco, porquanto o objetivo do seguro em foco é a preservação do patrimônio da segurada, quer em relação ao seu veículo, quer no tocante ao que esse bem móvel poderá causar de danos materiais ou pessoais a terceiros. Por isso é dever seu evitar ou não criar possibilidade de incremento do risco, motivo pelo qual, como assim não procedeu, autorizou a Seguradora a decidir pela negativa de pagamento indenizatório, com apoio nos dispositivos citados do Código Civil, bem como em cláusula contratual excludente de cobertura em caso de embriaguez.

Inferre-se dos acórdãos em questão que, dentre as várias razões de decidir, foi levada em conta a força da prova indiciária, as circunstâncias do acidente de trânsito e o nexo causal entre a embriaguez e o resultado danoso, *a despeito de inexistir exame de dosagem alcoólica*, em razão da recusa de realização pelo condutor do veículo envolvido no acidente de trânsito.

Relevante notar que a relatora dos recursos no STJ e demais Ministros, já que a decisão foi unânime, valeram-se do princípio do livre convencimento do julgador quanto à prova testemunhal, tanto quanto à consciente e voluntária entrega do veículo pela segurada, como a sua condução pelo filho em estado de embriaguez após um churrasco com *open bar*, emergindo daí os efeitos e sanção do artigo 231 do Código Civil, segundo o qual: *Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário, não poderá aproveitar-se de sua recusa*.

Os Ministros também embasaram suas decisões nos depoimentos das testemunhas, inclusive da segurada, médicos, enfermeiros do

hospital onde o condutor foi atendido, além dos bombeiros socorristas, como igualmente do que constou no registro de ocorrência policial (que é documento oficial com fé pública e validade até que seja desconstituído por prova em contrário), com a autorização legal emanada dos artigos 405, 442, 371, todos do Código de Processo Civil, em conjugação com o previsto no parágrafo único do artigo 227 do Código Civil, que dispõem:

Artigo 405 do Código de Processo Civil: O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião, ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

Artigo 442 do Código de Processo Civil: A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

Artigo 371 do Código de Processo Civil: O juiz apreciará a prova dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento.

Artigo 227 do Código Civil: Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

Nesse tocante, novamente invocamos os ensinamentos de RICARDO BECHARA SANTOS, no artigo sobre *embriaguez no seguro auto e a força da prova testemunhal*, em seu livro *Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação Própria, Forense*, páginas 709 e 710, dispondo que:

Aliás, não seria demasiado argumentar com o fato de que, em se cuidando de embriaguez, que não se confunde com o simples fato de o paciente haver ingerido álcool, a prova testemunhal muita vez seria mais valorosa que a pericial, na medida em que o álcool não atua com igual intensidade nos indivíduos, pois enquanto a prova pericial aponta apenas uma dosagem de álcool ou um simples odor etílico, o testemunho visual pode melhor caracterizar o comportamento das pessoas, que no ébrio é claudicante, mostrando ao juiz (este que está livre para colher a prova que melhor lhe aprouver) o real estado do paciente. E no caso, o policial, que goza de alguma fé pública, teria afirmado que era visível o aparente estado de embriaguez do condutor, tanto que se encontrava até mesmo incapaz de prestar declarações, corroborado pelo terceiro que teria afirmado comportamento e odor

etílico do causador, típicos de quem estava obliterado pela ação do álcool,... com evidentes indícios de nexo de causalidade entre a embriaguez e o acidente.

Conclusão

As decisões da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, objetos dos presentes comentários, embora tenham enfatizado explicitamente o agravamento do risco em razão de direção de automotor em estado de embriaguez comprovada, indicando expressamente apenas o artigo 768 do Código Civil, julgando pela perda do direito indenizatório da segurada, também levaram em consideração as demais circunstâncias que envolveram o sinistro antes, durante e após o acidente de trânsito, com graves consequências às vítimas (sendo duas fatais), tanto no tocante ao comportamento da segurada como no do terceiro condutor do automotor sinistrado (seu filho), considerando igualmente a validade e eficácia da cláusula de exclusão de risco por embriaguez, sendo legítima e juridicamente correta a decisão da Seguradora na recusa de cobertura securitária.

Em suma, os aludidos acórdãos pautaram-se em vários princípios e dispositivos legais aqui destacados e transcritos, até mesmo Súmula do Superior Tribunal de Justiça, mesmo não tendo sido explícita e claramente mencionados, inclusive considerando o princípio do absenteísmo, segundo o qual *o segurado deve se portar durante a vigência do contrato como se inexistisse o próprio seguro de interesse do segurado, ou seja, este deve abster-se de todas as ações ou omissões que possam aumentar e de maneira injustificável, o risco contratado, que foi especificado e limitado desde a proposta e posterior contratação, especialmente em casos de entregar ou confiar veículo a terceiro, mesmo sendo integrante do grupo familiar, como é o caso e acórdão em referência, sob pena de se assim não agir proporcionar liberdade e aceitação tácita a terceiros para conduzir veículo em estado de embriaguez e livres para provocar acidentes danosos de toda ordem, tanto materiais como pessoais, especialmente causando às pessoas lesões letais, exatamente como ocorreu no presente caso.*

Estes, pois, os comentários que entendi pertinentes externar a respeito dos recentes citados acórdãos da 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo tema, ainda que não seja novo, quando julgado pela mais elevada Corte infraconstitucional, acarreta debates e impactos, sobretudo, se considerarmos o fato de a mesma relatora (Ministra Maria Isabel Gallotti) ter, recentemente,

afetado dois recursos especiais sobre a mesma matéria, remetidos para análise e julgamento da 2ª Sessão daquele órgão jurisdicional, e ainda pendentes de decisão.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg

1. *O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.*

2. *A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.*

3. *Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.*

4. *Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.*

5. *As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.*

Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. Revista dos Tribunais, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. *Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:*

Doutrina - 10 a 30 laudas

Opinião - 05 a 15 laudas

Pareceres - 10 a 30 laudas

Legislação e Jurisprudência Comentada - 05 a 15 laudas

Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois.

7. *Os destaques no texto deverão ser feitos em itálico. É vedado o uso de negrito ou sublinhado.*

8. *Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de itálico e utilizado recuo apenas quando ultrapassar 03 linhas.*

9. *As referências de jurisprudência devem conter todos os dados necessários para sua correta identificação.*

10. *As citações da rede mundial de computadores devem mencionar o endereço eletrônico completo e a data de acesso.*

Exemplo: ALVES, Luis Silva. O Direito do Seguro no Mundo Contemporâneo. Disponível em www.umdoistres.org.br. Acesso em 29 de outubro de 2016.

11. Os artigos deverão ser enviados para **revistajuridica@cnsseg.org.br** bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.

PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg

1. *The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.*

2. *The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.*

3. *All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.*

4. *All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.*

5. *The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.*

Example: MARQUES, Cláudia Lima. Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce). São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. Journal of Courts, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. *All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:*

Doctrine - 10 to 30 pages

View - 05 to 15 pages

Opinions - 10 to 30 pages

Legislation and Commented Jurisprudence – 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be either indents or spacing, before or after.

7. *The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.*

8. *Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.*

9. *The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.*

10. *The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.*

Example: ALVES, Luis Silva. The Rights of Insurance in the Contemporary World. Available in www.umdoistres.org.br Access in 29 of October of 2016.

11. *The electronic address **revistajuridica@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 Economica Gráfica e Editora Ltda.
Capa: papel Ensogloss 250 gramas | Miolo: papel Pólen Soft 80 gramas.