

MAIO 2020

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2020

12



12

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2020 - NÚMERO 12



© 2020. 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. 12. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2020.

314 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

Este número da Revista Jurídica de Seguros foi pensado e redigido em pleno período da pandemia do COVID 19. Daí que o foco de diversos artigos recai no isolamento social a que estamos (que remédio?) submetidos e às suas repercussões no setor segurador. Aliás, a menção à falta de remédio é intencional: a quarentena obrigatória não é medicina, mas um expediente para nos defender da falta dela. Quem diz isso não somos nós: é o polêmico médico francês Didier Raoult, o doutor da hidroxicloroquina.

Neste contexto de crise, vale a citação de Umberto Eco, em seu divertido livro “Número Zero”, em que já nos advertia contra o uso da expressão “no olho do furacão”, usada para designar quem está no centro de uma situação caótica. Dizia ele, com a lucidez e a razão de um verdadeiro mestre, que, ao contrário, naquele exato lugar, o epicentro de uma tormenta, tudo permanece estático, sem movimento algum. Mas a expressão é boa demais para que não a utilizemos na hora presente: estamos no Brasil, no Rio de Janeiro, em maio de 2020, precisamente no olho de um furacão.

E mais, estamos situados no setor de seguros, quicá o mais requisitado a comparecer com soluções para o enfrentamento às mortes e aos prejuízos causados pela temível doença. De fato, o seguro existe para compensar danos e prejuízos, como pregava Winston Churchill, na frase célebre que não me canso de ver repetida: *Se me fosse possível, escreveria a palavra SEGURO no umbral de cada porta, na frente de cada Homem, tão convencido estou de que o seguro pode mediante um desembolso módico livrar as famílias e as empresas de catástrofes irreparáveis.*

Não há como negar, o seguro pode muito. Mas não pode tudo. Na verdade, as tais “quantias módicas” (prêmio do seguro) referidas por Churchill são vertidas a um fundo comum, destinado ao pagamento de indenizações a uma parcela de integrantes do grupo segurado, que esteja sujeita a riscos homogêneos. A técnica e a ciência atuarial do seguro permitem calcular, com base na lei dos grandes números, o valor do prêmio a ser cobrado a cada segurado, e que é calculado a partir da experiência registrada em anos anteriores.

Infelizmente, entretanto, e não obstante o aval de uma ciência que é solidamente lastreada na realidade, toda essa matemática de muito pouco vale quando se está diante de uma pandemia. E é por isso que um tal tipo de evento é comumente excluído da apólice exatamente

porque não é um risco segurável, na medida em que inexistem a série de eventos anteriores, estatisticamente trabalhados, que permitam prever o montante de indenizações a serem cobertas pelo fundo comum, constituído pelo somatório dos prêmios capitalizados no fundo comum. Tais fenômenos, conhecidos como riscos extraordinários, são raros no mundo contemporâneo, e por isso mesmo apelidados de “*black swan*”. E é assim que a exclusão de cobertura dessa categoria de riscos extraordinários nas apólices encontra fundamento técnico e amparo nas apólices, como esclarece o mestre Pedro Alvim:

Apesar de sua denominação genérica, os riscos não são da mesma natureza. Não ocorrem com a mesma frequência nem com a mesma regularidade. Produzem resultados também diversos. Alguns têm repercussão profunda para o meio social, como, por exemplo, o risco de guerra, de terremoto, de epidemia etc. Outros afetam apenas os interesses individuais, variando sua intensidade de acordo com sua própria característica. Não obstante essa diversidade todos eles são em princípio seguráveis. Dividem-se, porém, em dois grupos: riscos ordinários e extraordinários. Os primeiros apresentam um comportamento estático regular, com variação escalonada dentro de limites que permitem calcular coeficientes matemáticos necessários à organização técnica dos planos de seguro. Os segundos carecem dessa regularidade. Não se submetem a uma análise estatística eficiente. Suas causas e efeitos são incontroláveis e imprevisíveis, reduzindo ou anulando as possibilidades técnicas de estabilização através da lei dos grandes números. (O Contrato de Seguro, Editora Forense, 3ª edição, p. 253).

Em que pese esse quadro de dificuldades e limites que decorrem da própria natureza e especificidade singular da atividade seguradora, os nobres parlamentares, integrantes do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas estaduais e Câmaras de Vereadores municipais, não conseguem reprimir o seu impulso profissional de tentar colher benefícios eleitorais à custa do bolso alheio. Ainda que em detrimento da segurança jurídica e da técnica atuarial que são os fundamentos da atividade seguradora.

Isto não é um exagero de retórica ou força de expressão. Em recente notícia divulgada em seu Broadcast, o jornalista Fabrício de Castro assina matéria recente, que tem por título: *com pandemia, 352 propostas de lei para “quebra de contratos” tramitam no Brasil*. E nesse texto,

o jornalista esclarece que levantamento da empresa Sigalei mostra que, no Congresso, nas 15 principais Assembleias Legislativas e na Câmara de São Paulo, já tramitam 352 projetos de lei, que buscam impor toda a sorte de “bondades”, em diversos setores da atividade econômica, as quais, no entendimento do Banco Central, se levadas ao limite, podem levar a um colapso da economia.

Vale registrar, por exemplo, e como o destaque merecido, no caso do setor de seguros, a amostra de uma verdadeira plethora de projetos populistas que a Superintendência Jurídica da CNseg detectou, em levantamento atualizado somente até o final de abril, e que são aqui arrolados por tema:

- Suspensão dos pagamentos dos contratos de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, bem como vedação à suspensão unilateral dos contratos de planos de saúde – 21 projetos, sendo treze de Câmara e Senado, quatro de assembleias estaduais e quatro de Câmaras de Vereadores.
- Cobertura obrigatória nos casos de epidemia e pandemia – sete projetos de lei No congresso Nacional.
- Requisição administrativa de equipamentos e estruturas privados –doze projetos de lei, sendo cinco de assembleias legislativas.
- Vedação de Reajuste nos contratos de planos de saúde – três projetos de lei no Congresso.
- Garantia de cobertura durante o período de carência dos seguros de saúde – quatro projetos de lei no Congresso.
- Majoração de até 50% da alíquota de CSLL – sete projetos de lei e uma emenda em medida provisória no Congresso.

E como foi dito, essa é apenas uma amostra da avalanche de projetos de lei, envolvendo inclusive outros temas, que atingem diretamente as finanças das empresas que operam no setor. Inevitável, portanto, que se possa imaginar o efeito destrutivo que poderia vir a ocorrer em toda a atividade seguradora no Brasil, caso uma parcela – uma parcela somente – dessas proposições viesse a prosperar.

Cabe observar que o cenário ruinoso aqui apresentado não é uma ameaça apenas para o mercado segurador brasileiro: é uma preocupação mundial. E já foi manifestada pela GFIA (Global Federation of Insurance Associations), que chama atenção para o fato de que: *a estabilidade financeira contínua do setor de seguros é vital. Sem ela, as seguradoras não poderão continuar a responder à crise ou honrar suas obrigações para com os clientes sob as políticas existentes. Nossa indústria está comprometida em ajudar os governos a atender às necessidades financeiras de cidadãos e empresas. No entanto, onde a cobertura de pandemias e outras causas de perda não foi incluída nas apólices existentes ou refletida nos pagamentos de prêmios, exigir que as seguradoras cubram essas perdas retroativamente poderia ameaçar seriamente a estabilidade do setor de seguros global. Eventos como incêndios, acidentes de automóvel e catástrofes naturais cobertas pelo seguro não param, mesmo durante uma pandemia. Ao mesmo tempo, as seguradoras gerenciam sua força financeira para cumprir as promessas e garantias feitas aos clientes, estejam elas relacionadas à pandemia ou não. Dessa forma, alterar retroativamente os termos das políticas não seria uma maneira apropriada de lidar com os impactos financeiros em larga escala da pandemia do COVID-19. De fato, essas ações podem ameaçar toda a estabilidade financeira do setor de seguros e prejudicar significativamente a capacidade das seguradoras de pagar outros tipos de sinistros. Por sua vez, isso pode agravar os impactos negativos que a economia está passando atualmente.*

Mas é muito importante frisar que as condicionantes técnicas inerentes à atividade não têm impedido as seguradoras de cooperar intensamente com os esforços da sociedade brasileira no combate à pandemia e a seus efeitos, das mais diferentes maneiras. De fato, elas têm adotado a flexibilização de procedimentos, agilização de indenizações, e ainda tomado outras medidas para ajustar as operações à urgência e às necessidades dos consumidores.

Quanto às coberturas, quase todas as Seguradoras que operam o seguro de vida, por exemplo, já declararam publicamente sua disposição de cobrir as mortes causadas pelo novo coronavírus, mesmo quando haja cláusula com expressa exclusão da pandemia.

Em relação à assistência à saúde, as seguradoras e operadoras já cobriam os exames de detecção do coronavírus antes mesmo de a ANS incluir tais exames no rol de procedimentos obrigatórios, observados os parâmetros fixados pelo Ministério da Saúde. Igualmente, os consumidores que necessitem de internação hospitalar, portadores de seguros e planos que contemplem essa modalidade, recebem a

cobertura securitária, com o encaminhamento do paciente a hospital que tenha capacidade de atendimento.

Adicionalmente, as empresas do setor, individual ou coletivamente, através de suas associações, vêm atuando de modo voluntário, com diversas outras formas de ajudar na crise. O engajamento pessoal dos dirigentes e funcionários tem propiciado a destinação de considerável ajuda financeira à construção de hospitais de campanha, doação de equipamentos de proteção individual e de respiradores hospitalares, entre muitas outras formas de cooperação.

Tudo isso tem sido feito com espírito humanitário e grande empenho das pessoas que trabalham nessas empresas. O que deve ser evitado, porém, são aquelas exigências de cunho populista, que possam comprometer a estabilidade financeira das seguradoras. Como adverte a GFIA, no texto citado, sem essa estabilidade as seguradoras não poderão continuar a responder à crise ou honrar suas obrigações para com os clientes sob as políticas existentes. Um risco, portanto, que não interessa nem às seguradoras e aos segurados, tampouco à própria economia do País.

É isso. Antes de encerrar, reiteramos o convite à leitura desta edição da Revista Jurídica de Seguros que, além de evidente contemporaneidade, recomenda-se pela qualidade dos textos. Os artigos e pareceres deste volume da RJS, listados na quarta capa, estão imperdíveis. Excelente ocupação para os dias de quarentena.

Luiz Tavares Pereira Filho

Consultor Jurídico

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho.....	5
---------------------------------	---

Doutrina

A prescrição no Contrato de Seguros	
Paulo de Tarso Vieira Sanseverino	14

Notas sobre corrupção, ordem pública, ato de gestão e contrato de seguro D&O	
Ilan Goldberg.....	23

COVID-19 e os contrato de seguro D&O: os impactos possíveis	
Nathália Rodrigues Bittencourt M. O. de Menezes	52

Dilemas contemporâneos: os seguros privados e a cobertura das pandemias	
Thiago Junqueira	65

Opinião

Cláusulas de exclusão de risco de pandemias e epidemias: aspectos conceituais	
Bruno Miragem	108

A proposta de seguro e o silêncio do segurador: efeitos jurídicos	
Leonardo David Quintanilha de Oliveira	121

COVID-19 e o seguro de lucros cessantes	
Gustavo Palheiro Mendes de Almeida	142

Ações coletivas em tempos de COVID-19	
Daniela dos Santos Tavares	
Heitor Alves de Oliveira	168

Breve ensaio sobre momentos da abertura dos sinistros tangentes a aspectos específicos dos seguros de responsabilidade civil	
Ricardo Bechara Santos.....	188

Parecer

Extra – Rol.

Gustavo Tepedino.....200

Resseguro - Inconstitucionalidade da resolução CNSP nº 380/202

Ernesto Tzirulnik

Paulo Luiz de Toledo Piza

Gustavo de Medeiros Melo

Gustavo Palheiro Mendes de Almeida.....222

Internacional

Reflexiones preliminares sobre el COVID-19 y su impacto en el contrato de seguros

Andrea Signorino Barbat.....260

Legislação

Análise de impacto regulatório e falhas de regulação

Gustavo Binenbojm.....278

Nota sobre a ADI nº 6.341 – Fixação de interpretação da competência concorrente entre os entes sobre saúde pública

Maria da Gloria Faria.....287

Jurisprudência Comentada

Comentário à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 828.040. Responsabilidade

objetiva do empregador em atividade de risco. Reflexos no seguro de RC do Empregador

Ricardo Bechara Santos.....294



3

5



DOUTRINA

A prescrição no Contrato de Seguros*

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Sumário: Introdução. 1. Prescrição no contrato de seguro no Código Civil. 2. Flexibilização do termo inicial da prescrição na jurisprudência do STJ. Conclusão.

Introdução:

O tema proposto é a análise da prescrição no contrato de seguro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A prescrição apresenta-se como um daqueles temas com íntima relação com o princípio da segurança jurídica, sendo a clareza de suas regras fundamental em qualquer ordenamento jurídico.

Em relação ao contrato de seguro, não é diferente, como pode ser observado da preocupação do legislador especificamente com a prescrição em diferentes modalidades de seguro, bem como com a quantidade de julgados do STJ acerca do tema.

A presente exposição vai versar acerca desse relevante tema, sendo desdobrada em duas grandes partes, analisando-se, na primeira parte, a regulamentação da prescrição relativamente ao contrato de seguro no Código Civil, enquanto, na segunda parte, será abordada a flexibilização do termo inicial da prescrição, sempre com ênfase na jurisprudência do STJ.

I – PRESCRIÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO NO CÓDIGO CIVIL

O legislador do Código Civil de 2002 (CC/2002) teve uma especial preocupação em alterar as regras acerca da prescrição em relação ao

* Palestra proferida no Segundo Seminário Jurídico de Seguros, realização conjunta da CNseg, IFA, IPHAN e Instituto de Justiça e Cidadania, ocorrido no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2019.

** Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino é Doutor em Direito, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor de Direito Civil e autor de diversos livros.

Código Civil de 1916 (CC/16), especialmente em relação aos prazos considerados por todos os juristas como sendo muito longos.

Procurou distinguir, com maior clareza, os institutos da prescrição e da decadência, que sempre foi uma questão confusa para os operadores do Direito desde os bancos acadêmicos, além de positivizar o princípio da “actio nata”, estatuiu expressamente, em seu art. 189, que *violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*.

Estabeleceu, ainda, a possibilidade de apenas uma interrupção da prescrição para evitar a eternização dos prazos (art. 202).

Fixou como regra geral de prescrição da pretensão relativa aos direitos pessoais o prazo de dez anos (art. 205), tendo, logo em seguida, no art. 206, elencado os prazos especiais de prescrição para variadas pretensões, sendo que, em relação aos contratos de seguro em geral, estatuiu uma prescrição anual tanto para:

a pretensão do segurado contra o segurador; ou a deste contra aquele, contado o prazo (a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuidade do segurador; (b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão. (art. 206, § 1º, II, CC/2002).

Especificamente em relação ao seguro obrigatório de responsabilidade civil, fixou o prazo de três anos tanto para a pretensão do beneficiário contra o segurador, como para o exercício da pretensão do terceiro prejudicado (art. 206, § 3º, IX, CC/2002).

A jurisprudência do STJ tem naturalmente observado esses prazos previstos no Código Civil, inclusive procurando a formulação de precedentes qualificados em relação a temas eventualmente controvertidos relacionados à prescrição.

Ressalte-se que um dos pontos altos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) foi exatamente a preocupação com a formulação de precedentes qualificados com o poder de vinculação das instâncias inferiores aos precedentes das cortes superiores (STF, STJ, TST).

Com efeito, o CPC/2015 estabeleceu regras para a elaboração de precedentes qualificados, seja o chamado incidente de assunção de

competência (IAC) e, principalmente, em sede dos denominados casos repetitivos (art.928): o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos (especial e extraordinário) repetitivos.

Na jurisprudência do STJ, podem ser encontrados vários precedentes qualificados relativamente à prescrição do contrato de seguro e ao termo inicial para o exercício da pretensão correspondente.

O primeiro destaque na jurisprudência do STJ é um incidente de assunção de competência, relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, submetendo ao julgamento da Segunda Secção a questão relativa ao prazo anual de prescrição, em todas as pretensões que envolvam interesses de segurado e segurador em contrato de seguro (Recurso Especial n. 1.303.374/ES). Esse incidente de assunção de competência (IAC), de extrema relevância, que ainda não foi julgado no mérito pela Segunda Secção, deverá delinear, mediante um precedente qualificado, os contornos da prescrição anual, em face do disposto no artigo 206 § 1º, II do Código Civil.

Em relação ao resseguro, após reafirmar a natureza securitária do contrato, a Terceira Turma do STJ, relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, deixou claro que *qualquer pretensão do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele, prescreve em um ano (art. 178, § 6º, do Código Civil/ 1916 e art. 206, II, do Código Civil atual), regra que alcança o seguro do segurador, isto é, o resseguro.*¹

Em relação ao seguro de vida em grupo, em demandas em que postula a declaração de abusividade de cláusula do contrato, cumulada como pedido de restituição dos prêmios, o STJ tem precedentes no sentido de que o prazo para o exercício dessas pretensões é anual,

¹ **STJ, REsp 1170057/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. 17/12/2013, DJe 13/02/2014): RECURSO ESPECIAL CIVIL E PROCESSUAL CIVIL ACIDENTE FATAL EM POUSO FORÇADO DE HELICÓPTERO. INDENIZAÇÃO PAGA PELA SEGURADORA. RESSEGURO. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO ANUA. 1. A qualificação jurídica do resseguro como um contrato de seguro decorre do fato de a resseguradora obrigar-se, mediante o pagamento de um prêmio, a proteger o patrimônio da seguradora/cedente do risco substanciado na responsabilidade desta perante seu segurado. Logo, presentes as características principais da relação securitária: interesse, risco, importância segurada e prêmio. 2. Qualquer pretensão do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele, prescreve em um ano (art. 178, § 6º, do Código Civil/ 1916 e art. 206, II, do Código Civil atual), regra que alcança o seguro do segurador, isto é, o resseguro. 3. Recurso especial não provido.**

aplicando o disposto no art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, bem como o antigo enunciado sumular n. 101/STJ.²

Em relação aos contratos de seguro-saúde, houve a afetação de um recurso especial repetitivo (Tema 610) para deliberação acerca do prazo para o exercício da pretensão de restituição de valores pagos indevidamente à operadora do plano de saúde em face do reconhecimento da abusividade de uma cláusula. Acabou por se reconhecer que se trata de uma pretensão fundada no instituto do enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil), concluindo a Segunda Seção do STJ o seguinte:

Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.³

² **STJ, AgRg no REsp 1292268/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, j. 29/10/2019, DJe 07/11/2019:** CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. RESTITUIÇÃO DE PRÊMIOS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO ANUAL. ART. 206, § 1º, II, DO CC/2002. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA DO SEGURADO À FORMAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. É anual o prazo prescricional para o exercício da pretensão de declaração de abusividade de cláusula do contrato de seguro de vida [...] cumulada com pedido de repetição de indébito, nos termos do artigo 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil. Incidência da Súmula 101/STJ. Precedentes” (AgInt no REsp 1.668.872/RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 15/5/2019). 2. Em sede de recurso especial, não se comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos e a revisão de cláusulas contratuais, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3. No caso, o exame da alegação de que o contrato entre as partes não seria de seguro de vida demandaria o revolvimento de matéria fática, o que é inviável em recurso especial. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

³ **STJ, REsp 1.361.182/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016:** RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER

Como observado em vários dos precedentes já aludidos, algumas das principais questões controvertidas situam-se em torno do termo inicial da prescrição, que será objeto de análise na segunda parte da exposição.

ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ANUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato. 2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável. 3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. 4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

II – FLEXIBILIZAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A fixação do termo inicial da prescrição, em face da exiguidade dos prazos prescricionais previstos no Código Civil de 2002, passou a assumir uma extraordinária importância prática, ensejando uma forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial que tem chegado, com frequência cada vez maior, ao STJ.

Merecem lembrança algumas situações enfrentadas pela jurisprudência do STJ, inclusive em sede de recursos especiais repetitivos, acerca dessa questão.

5. *A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abrangendo o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.* 6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito. 7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita). 8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. 9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015). 10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. 11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

Em relação ao seguro obrigatório de responsabilidade civil (seguro DPVAT), cujo prazo prescricional é de três anos tanto para *a pretensão do beneficiário contra o segurador, como para o exercício da pretensão do terceiro prejudicado*, nos termos do disposto no art. 206, § 3º, IX, CC/2002, esclareceu-se, mediante um recurso especial repetitivo (Tema 883) da Seção de Direito Privado do STJ, que *a pretensão de cobrança e a pretensão a diferenças de valores do seguro obrigatório (DPVAT) prescrevem em três anos, sendo o termo inicial, no último caso, o pagamento administrativo considerado a menor.*⁴

Ainda em relação ao seguro DPVAT, podem ser observados outros recursos especiais repetitivos (Temas 668 e 875) relativos ao termo inicial do prazo prescricional de três anos em hipóteses de invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico. A Segunda Seção do STJ concluiu que *o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, sendo que, nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência.*

Finalmente, em hipóteses de seguro habitacional, envolvendo imóveis destinados a famílias de baixa renda, a jurisprudência do STJ tem flexibilizado o termo inicial nos casos de vícios de construção. Em ilustrativo precedente da Terceira Turma, observou-se que *o seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população*, tratando-se, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema. Por isso:

⁴ STJ, REsp 1418347/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/04/2015, DJe 15/04/2015: RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. COMPLEMENTAÇÃO DE VALOR. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL. SÚMULA Nº 405/STJ. TERMO INICIAL. PAGAMENTO PARCIAL. 1. *A pretensão de cobrança e a pretensão a diferenças de valores do seguro obrigatório (DPVAT) prescrevem em três anos, sendo o termo inicial, no último caso, o pagamento administrativo considerado a menor.* 2. *Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução/STJ nº 8/2008.*

à luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto).

Assim,

constatada a existência de vícios estruturais acobertados pelo seguro habitacional e coexistentes à vigência do contrato, hão de ser os recorrentes devidamente indenizados pelos prejuízos sofridos, nos moldes estabelecidos na apólice.⁵

⁵ STJ, REsp 1717112/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, Dje 11/10/2018: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. VÍCIOS DE CONTRUÇÃO (VÍCIOS OCULTOS). AMEAÇA DE DESMORONAMENTO, CONHECIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de indenização securitária proposta em 21/07/2009, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 06/07/2016 e concluso ao gabinete em 06/02/2017. 2. O propósito recursal consiste em decidir se a quitação do contrato de mútuo para aquisição de imóvel extingue a obrigação da seguradora de indenizar os adquirentes-segurados por vícios de construção (vícios ocultos) que implicam ameaça de desmoronamento. 3. A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na boa-fé dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro “contrato de boa-fé”. 4. De um lado, a boa-fé objetiva impõe ao segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia. 5. O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema. 6. A luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto). 7. Constatada a

Enfim, questões relativas ao termo inicial da prescrição têm suscitado forte controvérsia na jurisprudência do STJ, especialmente em função da extraordinária importância socioeconômica do contrato de seguro.

Conclusão:

A jurisprudência do STJ, cumprindo a sua missão constitucional, tem procurado debater e uniformizar a interpretação das regras de prescrição buscando garantir o máximo de clareza a esse instituto, cujas raízes históricas repousam exatamente na ideia de segurança jurídica.

existência de vícios estruturais acobertados pelo seguro habitacional e coexistentes à vigência do contrato, hão de ser os recorrentes devidamente indenizados pelos prejuízos sofridos, nos moldes estabelecidos na apólice. 8. Recurso especial conhecido e provido.

Notas sobre corrupção, ordem pública, ato de gestão e contrato de seguro D&O

Ilan Goldberg*

Sumário: 1. A corrupção e sua faceta mais perversa; 2. Ordem pública e bons costumes; 3. O ato de gestão; 4. Causa do contrato de seguro D&O. Conclusões. Referências.**

1.Introdução

Em tempos “pós Lava-Jato”, não é nada exagerado afirmar que a corrupção forjou “dois Brasis”, um antes, outro após. O volume de recursos drenados como consequência da corrupção epidêmica instalada nas mais diversas esferas do País foi enorme, perpassando os níveis municipal, estadual e federal, com ramificações as mais diversas - seja na administração pública direta e/ou indireta, tendo como protagonistas as conhecidíssimas empreiteiras que, associadas em cartel, geraram prejuízos sem precedentes na história brasileira.

A corrupção, como conduta ativa e/ou passiva, qualifica-se como crime segundo o disposto nos artigos 317 e 333 do Código Penal¹, lembrando que a Lei n°. 12.846, de 1º.8.2013 (a chamada “lei anticorrupção”), teve por finalidade, entre outras, facilitar a investigação

* Ilan Goldberg é advogado e parecerista. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Regulação e Concorrência pela Universidade Cândido Mendes – Ucam. Pós-Graduado em Direito Empresarial LLM pelo Ibmecc. Professor convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (RJ) e da Escola Nacional de Seguros (ENS-Funenseg). Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. Sócio de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados. e-mail: ilan@cgvadogados.com.br

** A elaboração deste artigo contou com a valiosa revisão e sugestões do caro amigo, professor doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa. Registro, aqui, o meu agradecimento.

¹ Código Penal. Decreto-Lei n°. 2.848, de 7.12.1940. *Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:*

e a punição de corruptos, introduzindo a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas nesta seara, os acordos de leniência, entre outros instrumentos², revelando uma real tomada de posição³ por parte dos Poderes Públicos com relação ao que seria o agir virtuoso na ética pública e privada. Estudos divulgados pela OCDE demonstram o quão nocivos são os seus efeitos à sociedade civil, na exata medida em que, e.g., canalizam

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Vale esclarecer que as penas para as corrupções ativa e passiva foram aumentadas pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003.

²Lei nº 12.846, de 1º.8.2013. No tocante à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, à facilitação da investigação e punição dos responsáveis, vale examinar, entre outros, os artigos 1º a 4º. *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade. Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Os acordos de leniência foram disciplinados nos artigos 16 et seq.*

³ Esse dilema aponta para uma das grandes questões da filosofia política: uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos? Ou a lei deveria ser neutra quanto às concepções concernentes à virtude, deixando os cidadãos livres para escolher, por conta própria, a melhor forma de viver? (SANDEL, Michael J. *Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 17).

recursos financeiros públicos originalmente dirigidos a investimentos regulares na contratação daqueles que integram o esquema criminoso, deixando de lado os melhores interesses na gestão da *res publica* ⁴.

Os melhores preço e técnica, reconhecidamente empregados para fins de escolha dos vencedores em certames públicos, acabam mascarados pela fraude perpetrada pelos corruptores ativo e passivo, implicando, assim, na péssima utilização dos recursos de origem pública, somada à execução do serviço contratado por aquele que, em condições negociais normais, jamais seria escolhido.

Do ponto de vista da iniciativa privada que, como se observou, exemplificativamente, teve participação relevante na operação Lava-Jato, a corrupção também gera péssimas consequências⁵. O que dizer do empresário que, ao invés de ocupar-se da meritocracia, emprega os seus “melhores esforços” para preparar ou fazer parte do esquema fraudulento? A lógica, como se vê, fica completamente invertida. Na corrupção, a gestão da empresa passa a atender a interesses outros que, muito claramente, não convergem com o interesse genuíno da sociedade, espelhado em sua função social.

Como a boa doutrina comercialista explica, o lucro não deve ser o único⁶ norte perseguido pelos administradores das sociedades. Há valores outros que, combinados com o lucro, representam aquilo que deve ser entregue aos acionistas. A título ilustrativo, o lucro baseado

⁴ O interessante estudo da OCDE data de 2018, retratando dados examinados até o ano de 2017. As feridas abertas pela corrupção são expostas, tocando nas grandes obras de infraestrutura, financiamento de campanhas políticas, contratações públicas etc. Em síntese, o exame alerta à necessidade de que o Brasil melhore sensivelmente os seus níveis de controle e combate à corrupção para obter melhores índices de desenvolvimento. Para consultar o estudo na íntegra: <http://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>, visitado em 27.2.2020.

⁵ E, ainda, há uma frase de Octavio Paz, que sempre gosto de repetir: *O mercado sabe tudo sobre preços e nada sobre valores.* (LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 388).

⁶ *A empresa capitalista é a materialização dos interesses econômicos do empresário. Mas repita-se. Essa é apenas uma das alternativas possíveis. Uma outra empresa, respeitosa e inclusiva em relação aos interesses daqueles por ela afetados é possível, e por que não dizer obrigatória, segundo a nossa lei societária* (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 125).

em trabalho escravo ou infantil, em tráfico de drogas ou em corrupção, chocam-se com o arquétipo da função social da empresa⁷.

Para além da ótica funcional da titularidade empresarial, outro instituto deve ser lembrado quando a reflexão diz respeito à corrupção e ao ato de gestão, qual seja, a ordem pública, e, *pari passu*, os bons costumes, ambos caros ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda em sede introdutória, não se pode deixar de dizer que a corrupção, por um lado, e a ordem pública e os bons costumes, por outro lado, chocam-se de maneira frontal e, assim como a água e o ar, não se misturam: o antagonismo é total⁸. Não há como, no ordenamento jurídico brasileiro, flertar com a corrupção imbricada àquilo que se entende por ordem pública e por bons costumes. A antítese é flagrante.

Trilhando o caminho que se inicia pela corrupção e que, como será demonstrado, “esbarra” na ordem pública e nos bons costumes, chegar-se-á à compreensão daquilo que se deve entender por ato de gestão. Indaga-se: o ato de gestão, de alguma maneira, poderia contemplar a corrupção? A resposta à presente indagação é negativa e seus fundamentos serão apresentados à continuação.

⁷ A propósito de uma aplicação concreta da função social da empresa, um texto de Henry Ford é emblemático: *My ambition, said Mr. Ford, 'is to employ still more men, to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes. To do this we are putting the greatest share of our profits back in business.* (BAUMAN, Jeffrey et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and problems*. 5 ed. EUA: Thompson West, 2003, p. 111). Oportuno referir também a Gustavo Tepedino, embora o seu comentário refira-se à função social do contrato: *Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento individual – interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.* (TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32).

⁸ *Nenhuma instituição pior que o dinheiro floresceu entre os homens. Cidade devasta, arranca homens de suas casas. Aliciã e seduz corações virtuosos a praticar ações infames. Leva homens a cometer crimes e os inicia na impiedade, origem de todo o mal. Mas os que delinqüem subornados terão um dia que prestar contas de seus atos.* (SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüller, Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011. p. 24).

A seguir, restando pavimentado o caminho que (i) se inicia pela corrupção, passando pela (ii) ordem pública e os bons costumes, e, em sequência, (iii) também pelo ato de gestão, será a oportunidade para formular algumas reflexões quanto à convergência das observações anteriores com a (iv) causa do contrato de seguro D&O.

O leitor, ao fim e ao cabo, espera-se que poderá responder, com tranquilidade representada por fundamentos sólidos, quanto à inexistência de diálogo entre a corrupção e o contrato de seguro D&O. Corruptos, seja ativos ou passivos, não são merecedores da tutela propiciada por este contrato, o que decorre de constatação singela – a absoluta falta de convergência entre o ato de gestão e a corrupção. Sem mais delongas, passa-se ao primeiro eixo temático: a corrupção.

(i) A corrupção e sua faceta mais perversa

A corrupção possui um componente que dificulta sobremaneira a sua detecção, qual seja, o ardil empregado pelos corruptores, capaz de iludir os investigadores com ares de absoluta normalidade. É que a atividade criminosa é muito bem pensada, planejada e executada e, não raras vezes, deixa de ser apurada e punida em razão dos “méritos” dos criminosos. Embora redigido há algum tempo, o comentário do saudoso Alvinio Lima chega a impressionar, tamanha a sua precisão:

O dolo, viciando o consentimento, mediante o emprego de artifícios e artimanhas para obtenção do consentimento da parte com quem se contrata, é exercido diretamente, de modo a permitir, pelo menos, que a vítima se defenda. Na fraude, entretanto, o terceiro, vítima do ardil posto em prática, é colhido de surpresa, é atacado à socapa, quando os efeitos da ação fraudulenta já se manifestaram definitivamente; [...] o fraudador e seu cúmplice agem calma e cautelosamente, arquitetando com a maior segurança possível o seu plano de ação ilícita, examinando, com minúcias, os elementos e formas de que se devem servir, de maneira a construir uma situação jurídica menos vulnerável possível à defesa da vítima.⁹

⁹ LIMA, Alvinio. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 2. Em obra atualíssima a respeito dos acordos de leniência no Brasil, a análise de Amanda Athayde corre no mesmo sentido: *Também é de difícil detecção o ilícito de corrupção. Isso porque, 'fora hipóteses mais caricatas, a corrupção não ocorre sempre de inopino, de súbito ou entre desconhecidos que até então se ignoravam. O saber e o compartilhar que existem em sua consumação observam uma lógica de pertinência e de ser apto a movimentar-se na organização e atuar.'* Nesse sentido, a infração cria, em regra, uma 'assimetria informacional,

Aplicando o comentário de Alvino Lima, tome-se como exemplo o que se passou nas entranhas da Petrobrás. Com o objetivo de contextualizar os gravíssimos danos causados pela corrupção no País, vale lembrar o verdadeiro rombo na contabilidade da companhia lançado para o ano de 2015, da ordem de impressionantes 6 bilhões de Reais¹⁰.

A quantia, quando examinada, causa perplexidade. De fato, é enorme, mas, é preciso examinar o cenário no qual este lançamento contábil se inseriu. Ora, se 6 bilhões foram lançados, quanto mais deixou de ser anotado, seja por que não foi corretamente apurado, seja por que os números da empresa não suportariam pressão ainda maior do que a havida naquele ano? A gigantesca assimetria informacional¹¹ interna e externa permanece e pode ser causa para novas condutas de oportunismo¹².

que favorece o infrator, porque naturalmente é ele quem mais sabe sobre o ilícito do que o Estado ou qualquer outra pessoa. (ATHAYDE, Amanda. *Manual dos acordos de leniência no Brasil Teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35-36). A autora refere a estudo elaborado pelo Ministério Público Federal que observa esta dificuldade. Fonte: Ministério Público Federal. Estudo técnico nº. 01/2017 – 5ª CCR. Brasília, setembro 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>, visitado em 29.2.2020.

¹⁰ A notícia concernente à gigantesca perda contábil havida pela estatal foi muito divulgada à época. E.g. https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150413_petrobras_resultados_ru, visitado em 27.2.2020.

¹¹ *Não se espera que, no momento da vinculação, as empresas efetivamente disponham de todas as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático que o circunda (mesmo porque, como já assinalamos, isso seria impossível). Ao contrário, exige o tráfico apenas que: [a] a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio; se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente (a busca de informações é processo custoso e a empresa pode deliberadamente não o levar adiante, assumindo o risco da informação defeituosa); e [b] as empresas não omitam informações relevantes à contraparte. O ordenamento exige que o empresário empregue a diligência normal dos homens sensatos e prudentes para granjear as informações referentes à contratação. Não lhe é reclamado mais, pois isso aumentaria sobremaneira os custos de transação. Por outro lado, a empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Com efeito, muitas vezes o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se, mesmo assim, segue com negócio, deverá arcar com os riscos correspondentes a essa sua estratégia* (FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 140).

¹² *Opportunism is a subtle and pervasive condition of human nature with which the study of economic organization must be actively concerned.* (WILLIAMSON, Oliver E.

Fazendo uma comparação que, admite-se, pode não ser a mais precisa por razões as mais diversas – perspectiva econômica, câmbio, preço do petróleo mundo afora – daquele registro de perdas em 2015 a Petrobrás comemorou, quanto ao resultado apurado em 2019, o maior lucro líquido de sua história, da ordem de R\$ 40 bilhões.¹³ Aparentemente sem corrupção, ou, ao menos, diminuindo-a, os números mudam vertiginosamente.

O segundo exemplo merecedor de destaque é o observado no Estado do Rio de Janeiro, marcado negativamente na história pela gestão do ex-Governador Sérgio Cabral. Os valores drenados em razão da corrupção foram estratosféricos. Mas, para muito além das perdas financeiras, o que dizer da ineficiência trazida a reboque? Se para cada contrato firmado pelo governo foi escolhido o parceiro comercial corrupto em detrimento do parceiro eficiente, pode-se concluir que as perdas foram financeiras e, também, qualitativas, já que os serviços entregues estiveram muito mais vinculados à corrupção do que à eficiência, à moralidade, à transparência, tão caras à administração da coisa pública.

O final da história do governo Sérgio Cabral é notório, com a sua prisão por prazo elástico, ademais do encarceramento de diversos dos seus secretários de primeiro escalão, de executivos das empreiteiras contempladas com contratos em sua gestão e, o pior, o empobrecimento quase fatal sofrido pelo Estado do Rio de Janeiro e, claro, por sua população.

Legalmente, os danos causados pela corrupção motivaram preocupação por parte do legislador, cômico de que era preciso criar mecanismos mais eficientes a fim de combatê-la. Assim, ainda em 2013 foi sancionada a Lei nº. 12.486, que, conforme assinalado na introdução do presente artigo, positivou até mesmo a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas envolvidas com a prática da corrupção.

O objetivo perseguido pela lei anticorrupção é claro: reparar os danos causados pela corrupção e, com esse propósito, contentou-se com a demonstração do dano e do nexos causal, prescindindo, assim, do elemento culpa, imprescindível para fins de exame de

The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting. New York: The Free Press, 1985, p. 6).

¹³ Fonte: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2020/02/19/petrobras-lucra-r-815-bi-no-4o-tri-alta-de-288percent-em-2019-lucro-de-r-40-bi-e-o-maior-da-historia.ghtml>, visitado em 27.2.2020.

responsabilidade de administradores no direito brasileiro, a teor do disposto nos artigos 153 a 158, especialmente este último, da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976.¹⁴

Por mais que o art. 3º da lei anticorrupção, em seu § 2º, tenha ressalvado que *os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade*, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada objetivamente, sem que se examine a conduta de seus administradores? O objetivo de reparar os danos causados pela corrupção independentemente das circunstâncias (da culpa dos administradores) é louvável, mas, como se afirmou, em se tratando de responsabilidade de administradores a culpa continua a ser fundamental.

Portanto, em matéria de corrupção, como compatibilizar a responsabilidade sem culpa (da pessoa jurídica) com a responsabilidade baseada na culpa, dos seus administradores? Em se tratando do contrato de seguro D&O, cujo risco transferido à seguradora decorre da conduta dos administradores, não há dúvida de que a culpa também continua a ser fundamental.

¹⁴Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto. § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral. § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Seja como for, deseja-se consignar que a corrupção¹⁵ é mesmo nefasta, além de ser radicalmente contra os valores, os princípios que inspiram a administração da coisa pública. Como um vírus, ela detém um enorme poder de espalhar-se pelo tecido social, de contaminar um sem número de pessoas físicas e jurídicas, iniciativa privada e administração pública, causando perdas irreversíveis à população.

A corrupção é, além disso, flagrantemente contra a ordem pública e os bons costumes, caríssimos ao ordenamento jurídico brasileiro, tema que será enfrentado à continuação.

(ii) Ordem pública e bons costumes

A definição de ordem pública não é simples. Para um país de tradição ocidental pode representar um determinado conjunto de elementos sociais, culturais, religiosos e históricos, ao passo que para um país de tradição oriental pode representar um conjunto bastante diferente.

Diversos países do ocidente, *e.g.*, são favoráveis ao casamento de pessoas do mesmo sexo, enquanto alguns países situados no Oriente Médio, ou na Ásia, o proíbem. Ora, são favoráveis ou os proíbem porque suas ordens públicas assim o estabelecem, nada obstante todas as críticas que possam se fazer a esta proibição em pleno século XXI.¹⁶

Naquilo que, diretamente, interessa à presente reflexão, a ordem pública encontra-se positivada no Código Civil de 2002, com previsão expressa nos artigos 122, ao dispor que *São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.* e, 2.035, parágrafo único: [...] *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

¹⁵ *Um dos aspectos mais condenáveis do sistema capitalista é a sua permanente disposição para explorar economicamente os vícios humanos. Tal ocorre, sem sombra de dúvida, em razão da mentalidade de cobiça e de busca incessante de ganhos patrimoniais. Em nenhuma das civilizações anteriores existiu o costume de tudo adquirir com dinheiro, inclusive a consciência moral das pessoas. Isso levou na era moderna, como era inevitável, à consolidação da organização empresarial de atividades criminosas.* (COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização Capitalista*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133).

¹⁶ Considerando os limites deste artigo não convém fazer digressões maiores quanto à definição de ordem pública e a todas as dificuldades decorrentes

Ora, a considerar que a corrupção é crime, conforme determinam os artigos 317 e 333 do Código Penal, somados às disposições amplas positivadas pela lei anticorrupção, não há dúvida quanto à conclusão de que a corrupção é totalmente contrária à ordem pública brasileira.

E, sendo contrária à ordem pública, automaticamente deixa de ser elegível à condição de interesse legítimo segurável, pressuposto essencial expresso no art. 757 do Código Civil, quando afirma que *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*.

Ademais de contrária à ordem pública, a corrupção tampouco se compatibiliza com os bons costumes no Brasil. Pelo menos, assim se espera; assim se deve esperar!¹⁷ Oportuna, a essa altura, a referência a artigo de Luís Roberto Barroso quando, muito acertadamente,

da comparação que se queira fazer entre os mais diversos países e suas tão díspares ordens públicas.

¹⁷ A. Menezes Cordeiro afirma que os bons costumes correspondem a uma moral social, sendo que esta *compreende regras impeditivas de comportamentos que, por hábito tradicional ou por incipiência, não têm consagração expressa mas que, na sociedade, são consideradas em vigor*. (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2017. p. 1222). Para uma distinção entre ordem pública e bons costumes, remete-se a Jorge Morais de Carvalho: *No entanto, ordem pública e bons costumes distinguem-se no que respeita à natureza dos princípios afetados. A ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral. É possível que princípios morais fundamentais também sejam princípios jurídicos fundamentais, mas, neste caso, deve dar-se prevalência à aplicação da cláusula de ordem pública, privilegiando o plano jurídico e, assim, evitando o recurso a planos ou níveis de raciocínio (de certa forma) estranhos ao Direito. Portanto, se o objeto de um contrato (por exemplo, uma cláusula) for simultaneamente contrário à ordem pública e ofensivo dos bons costumes, entende-se que deve ser salientado apenas o primeiro elemento, por ser aquele que permite uma resposta fundamentada por meio de um raciocínio jurídico*. (CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. In *Revista de direito civil contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2016. p. 322-324). Em sentido similar, Manuel Carneiro da Frada argumenta que os bons costumes *apresentam uma acentuada coloração ética, em contraste com a dimensão colectiva e organizatória da vida social que impregna a ordem pública*. (FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 844). Refere-se também a Thamis Dalsenter Viveiros de Castro. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

criticou o chamado “jeitinho brasileiro”¹⁸ que muitas vezes é protagonizado pela iniciativa privada.¹⁹

A corrupção, metaforicamente classificada como um vírus, deve ser extirpada da sociedade brasileira. Juridicamente, pelas razões já apresentadas, ela não é passível de cobertura pelo contrato de seguro D&O e, adicionalmente, por qualquer outro contrato de seguro disponibilizado no mercado brasileiro. Em síntese, a corrupção é contra a ordem pública e o seguro não converge com violações à ordem pública.

(iii) O ato de gestão

O terceiro eixo temático que se deseja cobrir no presente artigo refere-se à definição do ato de gestão. No que consiste a gestão de uma companhia? Poderiam ser apresentados inúmeros afazeres que caracterizam o cotidiano de um administrador como, exemplificativamente, a tomada de decisões as mais diversas, divulgação de informações aos acionistas e investidores, publicação de balanços e demais informações contábeis, contratação e demissão de empregados etc.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro. Por que a gente é assim?* In <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>, visitado em 27.2.2020. A passagem a seguir é bem ilustrativa: *Infelizmente, porém, há uma soma de aspectos negativos no jeitinho que fazem com que o conjunto da obra não possa merecer um juízo favorável. Na vertente negativa, a ideia de jeitinho congrega características que não são edificantes. Sem nenhuma intenção de hierarquizá-las, começo pelo improvisado, a incapacidade de planejar, de cumprir prazos e, em última análise, de cumprir a palavra. Vive-se aqui a crença equivocada de que tudo se ajeitará na última hora, com um sorriso, um gatilho e a atribuição de culpa a alguma fatalidade (falsamente) inevitável, e não à imprevidência. Por exemplo: o Brasil foi eleito, em 2007, para sediar a Copa do Mundo de 2014. Sete anos antes. Quando a data finalmente chegou, nem os estádios, nem os aeroportos, nem as intervenções urbanas estavam concluídas. E tudo isso antes da crise econômica e da recessão que sobreveio. Como de hábito, as coisas terminaram improvisadas e deficientes. O problema aqui não foi a corrupção — ou não apenas —, mas sim a prática do jeitinho, que assume a forma da mediocridade: a ausência de pessoas capazes de cumprirem bem o próprio papel, fazendo a tempo e a hora o que lhes compete fazer.* (p. 6).

¹⁹ *A ironia é que, novamente, os defensores da privatização (a entrega de empresas previamente dirigidas pelo setor público ao setor privado) e da liberalização (remoção de regulações) há muito que reivindicam que estas políticas são necessárias para restringir as atividades de rent-seeking. Repararam na corrupção no setor público, mas raras vezes reconhecem que do outro lado de cada funcionário público que recebe um suborno está um subornador, e esse subornador costuma ser do setor privado. Este setor está totalmente envolvido na corrupção.* (STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016. p. 255).

Formulado de maneira contrária, no que *não* consiste a administração de uma companhia? Ora, para se chegar à resposta, deve-se refletir a respeito do atendimento ao interesse da sociedade. Na medida em que os administradores estiverem alinhados aos interesses da sociedade, zelando pelos mesmos, a estarão administrando. A *contrario sensu*, se passarem a agir pensando em seus interesses particulares/egoísticos²⁰ e não mais nos interesses da sociedade, fica claro que de gestão não mais se estará a tratar.

O dever de diligência, previsto no art. 153 da Lei n°. 6.404, de 15.12.1976,²¹ possui relação íntima com a administração de uma companhia. É que para bem geri-la, o administrador precisará qualificar-se, informar-se, refletir a respeito daquilo que tiver que decidir, eventualmente investigar, a depender dos dados que lhe tenham sido informados e, além disso, informar a quem de direito adequadamente.²²

A falta de diligência se aproxima da negligência que, na civilística, é representada pela culpa.²³ Prosseguindo com essa construção, a culpa, por sua vez, é o “combustível” essencial para os seguros de responsabilidade civil. É justamente por causa (motivo) da culpa que

²⁰ *É da natureza do direito privado individualista ser talhado para homem muito egoísta e muito esperto, que reconhece nitidamente seus interesses e os defende implacavelmente. Esse tipo individualista de destinatário da norma jurídica é configurado segundo a imagem do comerciante que é todo ambição de lucro e cálculo; como se sabe, “amigos, amigos, negócios à parte”* (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 87).

²¹ Lei n°. 6.404, de 15.12.1976. Art. 153. *O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*

²² A propósito do preenchimento do dever de diligência, seja permitido referir ao nosso: GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 176: *Em síntese, o dever de diligência determina que o administrador não seja dotado somente de conhecimento/experiência comuns, ordinários, o que o aproximaria do homem-médio. Embora a redação constante no art. 153 não permita essa conclusão, o que se extrai do enunciado normativo é que esses deverões ser aprofundados. A questão que fica, contudo, é: o quanto de conhecimento e informação bastam? A diligência, assim, desdobra-se da seguinte forma: (i) qualificar-se para o exercício do mister; (ii) informar-se; (iii) vigiar e investigar e (iv) informar a quem de direito adequadamente.*

²³ *De fato, não existe nenhuma disposição de direito positivo a excepcionar, em relação aos administradores de sociedade anônima, a regra geral da responsabilidade civil. O art. 158 da LSA não menciona inversão de ônus probatório, nem descarta a culpa*

se contratam os seguros de responsabilidade civil, para, justamente, transferir os riscos financeiros decorrentes do nascimento de dívidas de responsabilidade civil do segurado para com terceiros.²⁴

Por outro lado, o dever de lealdade apresenta contornos completamente diferentes daqueles observados quanto ao dever de diligência. Com previsão no art. 155 da Lei das Sociedades Anônimas, as violações ao dever de lealdade partem de um desvio de conduta por parte do administrador que, ao invés de agir no interesse da sociedade, passa a agir em seu próprio interesse.²⁵

A falta de lealdade, no direito civil, aproxima-se do dolo, mas com contornos significativamente mais cruéis. A comparação entre as consequências decorrentes da administração negligente com a administração desleal revela que a primeira possui um potencial

*como pressuposto da responsabilidade. O fato de apenas o inciso I, e não o II, acomodar as expressões “culpa ou dolo” não tem relevância alguma na discussão do tema, já que são interdefiníveis as hipóteses contempladas em cada um deles - infringir a lei ou os estatutos é, para um administrador de empresa, agir, no mínimo, com negligência. Além disso, o administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração, não se encontra parcela destinada à constituição de reservas e fundos próprios, para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados, que ele possa repassar a quem quer que seja. Sua situação é, econômica e juridicamente falando, muito diferente da do fornecedor perante o consumidor, do estado perante os cidadãos e do INSS perante os acidentados em trabalho (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 2, 14ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 270).*

²⁴ A propósito da culpa como conduta que, justamente desagua no contrato de seguro, pertinente referir à obra de ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid : Ed. Montecorvo, 1977.

²⁵ A doutrina classifica o dever de lealdade como o mais importante entre os deveres fiduciários dos administradores. « Les dirigeants sont des personnes à qui les actionnaires ont confié l'avenir de la société. Ils doivent se montrer dignes de cette confiance. [...] Si l'on met à part le devoir qui leur incombe de respecter les limites de la personnalité morale de la société ainsi que les limites de leurs pouvoirs, devoir qui ne pose pas normalement de problèmes, leur devoir en tant que fiduciaires prend deux aspects fondamentaux : le devoir de diligence (*duty of care*) et le devoir de loyauté (*duty of loyalty*). C'est le dernier qui est le plus important. Les directeurs, dans leurs décisions, ne doivent considérer que les intérêts qui leur sont confiés, non les leurs. Ils doivent même éviter le plus possible les situations de conflits d'intérêts ». (TUNC, André. *Le droit américain de sociétés anonymes*. Paris: Economica, 1985. p. 130).

ofensivo muitíssimo menor. Enquanto o administrador negligente acaba por se prejudicar, o administrador desleal age, desde o início, maliciosamente, com o claro objetivo de auferir vantagem decorrente, por exemplo, da oportunidade comercial que deveria ser usufruída pela companhia.²⁶ Em uma linha, o dever de lealdade ensina que o administrador deve servir à sociedade, e não servir-se dela.

No cotejo entre os deveres de diligência e de lealdade, Cândido Paz-Ares explica que o principal erro cometido pelos estudiosos dessa temática – responsabilidade de administradores – decorre do exame conjunto desses dois deveres. Segundo o professor espanhol, há diferenças capitais entre ambos, desde o seu nascimento, passando por seu desenvolvimento. Em suas palavras, [...] *no pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los ‘actos de gestión indebida’ y la regulación de los ‘actos de apropiación indebida’*.²⁷

Portanto, a aplicação do raciocínio acima ao contrato de seguro D&O corre no sentido de que as violações ao dever de diligência são merecedoras de tutela, ao passo que as violações ao dever de lealdade não o são.

²⁶ Observando as consequências da conduta dolosa na generalidade dos contratos de seguros e no seguro D&O, Miguel Iribarren Blanco chama a atenção à possibilidade de que os ganhos do segurado nesta espécie contratual sejam bem maiores. *Ordinariamente, en la cobertura frente a un riesgo cualquiera, el asegurado, descontada la indemnización que pueda obtener del asegurador si se cumplen las condiciones del seguro, no gana nada por que se produzca el siniestro, sino al contrario; sufre un daño, a cuya reparación sirve, precisamente, el seguro. En cambio, en este seguro, el daño causado por los administradores en la gestión de la sociedad del que resulta su responsabilidad puede tener, como reverso, el beneficio propio o de terceros.* (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital* (D&O). Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 177).

²⁷ PAZ-ARES, Cândido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, n.º. 4, 2003. p. 4-5. Maria Elisabete Gomes Ramos ratifica esta interpretação em Portugal: *O que exala da experiência norteamericana é a diferenciação de regimes que governam as reações às violações do duty of care e do duty of loyalty. Reserva-se à violação do duty of care uma «política de indulgência», enquanto é de severidade a marca imprimida às reações à violação do duty of loyalty. [...] Argumenta-se que a preocupação fundamental de qualquer sistema de responsabilidade civil dos administradores há-se ser a violação do dever de lealdade porque é esta que rende mais ganhos aos infratores. De modo diverso, com a violação do dever de cuidado, o administrador poupa atenção, disponibilidade, mas não obtém um rendimento patrimonial direto. Acresce que, para a violação dos*

Feitas essas breves considerações, deseja-se ilustrá-las com dois exemplos, o primeiro relacionado à conduta chamada de *insider trading*;²⁸ o segundo, alusivo à administração de uma empresa que, por força das circunstâncias, encontrou-se mergulhada em reiteradas práticas de corrupção adotadas pelo mercado no qual estava inserida para manter-se viva, isto é, recolhendo os tributos devidos, pagando salários e remunerando os seus acionistas.

1º exemplo:

Tício é um exímio administrador de empresas. Frequentou as melhores escolas no Brasil e no exterior, sempre destacando-se por seu desempenho exemplar. É cultíssimo, fala diversos idiomas e, justamente em razão de seu *curriculum* brilhante, foi contratado para ser diretor-presidente da respeitada companhia de petróleo “Brasilbrás”.

Como consequência do cargo que exerce, o mais elevado na estrutura da petrolífera, Tício teve acesso a informações confidenciais que, fatalmente, derrubariam as ações da companhia no mercado

deveres de cuidado, há mecanismos de controlo aptos a substituir a responsabilidade civil, enquanto as sociedades não dispõem de mecanismos alternativos que permitam controlar a violação do duty of loyalty (porque esta envolve condutas menos visíveis, que tendem a ocorrer no fim do mandato dos administradores, e a extração de benefícios ilegítimos é propiciada pelo controlo exercido pelo administrador). Por fim, o grau de incerteza jurídica e o inerente risco de overcompliance (incrementado pela necessidade de evitar a responsabilidade) são próprios do duty of care. Ora, o overcompliance, as estratégias defensivas, as «muralhas de papel», os custos de gestão de risco, a aversão ao risco dos administradores, a gestão conservadora – enquanto estratégias destinadas a evitar a responsabilidade –, tornam menos eficiente o desempenho da sociedade. (RAMOS, Maria Elisabete Gomes O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura. Coimbra: Almedina, 2010. p. 172-173).

²⁸ Fábio Konder Comparato, em 1978, escreveu a respeito da necessidade de moralização do mercado de bolsa de valores no Brasil e, nessa linha, da repressão ao *insider trading*. Na *insider trading*, o que existe é o aproveitamento de informações reservadas sobre a sociedade emissora dos títulos em detrimento do outro contratante, que as ignora. Há, por conseguinte, antes uma omissão volitiva, do que uma atuação ou pressão sobre o valor de mercado dos direitos ou papéis negociados. O comportamento do *insider* é tipicamente de dolo por omissão, silenciando intencionalmente a respeito de fato ou qualidade que a outra parte ignorava, de tal arte que esta não teria por certo, celebrado o contrato se não existisse a omissão dolosa. (COMPARATO, Fábio Konder. “Insider Trading”: sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13-14).

de bolsa de valores. Enquanto a expectativa de seus acionistas e investidores era de que a companhia produziria o equivalente a “X” barris de petróleo, as informações, até então confidenciais, revelavam que a produção seria muitíssimo menor, da ordem de “X/20”.

A remuneração de Tício era composta por salário mais participação nas ações da companhia (o conhecido programa de retenção de executivos chamado *stock options* por meio do qual as empresas pretendem manter os seus executivos por longos períodos.

Tício alinhou com o diretor de relações com investidores a data exata de divulgação desta informação ao mercado, submetendo todos esses fatos ao conhecimento e chancela por parte do conselho de administração.

Cerca de seis semanas antes da data avençada à divulgação ao mercado, Tício começou a, paulatinamente, vender parte de suas ações.²⁹ As vendas foram realizadas gradualmente, por porções, com o claro objetivo de não chamar a atenção dos órgãos de controle da companhia (auditorias interna e externa) e, por óbvio, da Comissão de Valores Mobiliários.

Chegado o dia da divulgação das informações ao mercado, Tício havia vendido o lote de ações que entendia adequado, evitando, assim, a perda que, fatalmente, ocorreria logo após. Com a divulgação do fato relevante, as ações da “Brasilbrás” caíram vertiginosamente, levantando suspeitas por parte do mercado acionário como um todo quanto à correta diligência empregada pela companhia. Os investidores questionavam a si próprios e à própria companhia os motivos pelos quais a produção de petróleo havia sido tão aquém daquela previamente informada.

²⁹ *Tratando-se de empresa aberta, as informações ainda não divulgadas, e que possam influir sobre a cotação dos valores mobiliários da companhia, devem ficar sob completo sigilo, estando os administradores, além disso, impedidos de, utilizando-as, obter vantagens para si ou para outrem, comprando ou vendendo ações em condições privilegiadas, eis que de posse de informações desconhecidas dos demais. A utilização dessas informações constitui o que se costuma chamar insider trading, conferindo à pessoa prejudicada o direito de pleitear perdas e danos* (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 430).

A Comissão de Valores Mobiliários iniciou as investigações de praxe a partir de denúncia anônima e constatou que Tício havia vendido porção significativa de suas ações em prazo bastante próximo à divulgação do fato relevante e, como dito, queda contumaz no valor das ações da companhia.

A investigação, posteriormente, converteu-se em processo administrativo sancionador que, por sua vez, culminou com a condenação do diretor-presidente pela prática da conduta denominada de *insider trading*,³⁰ na exata medida em que Tício agiu, deliberadamente, para atender a seus interesses e não aos interesses da companhia. Agiu pensando, exclusivamente, na preservação de seu próprio patrimônio, deixando de lado os interesses da companhia.

Compreendido o primeiro exemplo, deseja-se deixar as seguintes indagações à reflexão do leitor: 1) Tício, ao vender as ações de sua titularidade, praticou um ato de gestão? 2) A sua conduta – *insider trading*³¹ – classificar-se-ia como violação ao dever de diligência ou ao dever de lealdade? Passa-se ao segundo exemplo.

2º exemplo:

Mévio não é tão brilhante quanto Tício mas, mesmo assim, motivado por sua rede de influências positivas, ocupa o cargo de diretor-presidente da empreiteira “ABC”, muito conhecida por executar grandes obras de infraestrutura contratadas pela administração pública em suas diferentes esferas.

³⁰ *Tratando-se de empresa aberta, as informações ainda não divulgadas, e que possam influir sobre a cotação dos valores mobiliários da companhia, devem ficar sob completo sigilo, estando os administradores, além disso, impedidos de, utilizando-as, obter vantagens para si ou para outrem, comprando ou vendendo ações em condições privilegiadas, eis que de posse de informações desconhecidas dos demais. A utilização dessas informações constitui o que se costuma chamar insider trading, conferindo à pessoa prejudicada o direito de pleitear perdas e danos*(BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 430).

³¹ *O dever de informar atos e fatos relevantes não visa apenas a proteger acionistas minoritários, mas também a evitar assimetrias de informações no mercado e o insider trading, em consonância com o princípio do full disclosure*.(PENNA, Paulo Eduardo. *Alienação de Controle de Companhia Aberta*. São Paulo: Ed. QuartierLatin. 2012, p. 162).

A empreiteira “ABC”, em não raras situações, seja por conta de arranjos comerciais, seja para compartilhar custos e receitas, fraciona os seus afazeres com uma série de outras empreiteiras que, como ela, também são conhecidas por vencer os certames dos quais participam.

Desta maneira, este grupo de empreiteiras acaba por dominar as licitações levadas a cabo pela administração pública, com resultados formidáveis para seus acionistas. O sucesso é tão estrondoso que o grupo expandiu a sua atuação além-fronteiras, executando obras nos cinco continentes.

Um fato, porém, acaba por vir a público e projetar uma imensa mancha de sujeira sobre o prestigioso grupo. É que para lograr êxito nas licitações, as empreiteiras pagam propina aos funcionários públicos que as conduzem, manipulando-as. Os resultados positivos – as vitórias nos certames – são fraudulentos, circunstância que acaba por vir à tona através da mídia.

Os órgãos de controladoria/fiscalização por parte da administração pública são acionados – Tribunal de Contas da União, Controladoria Geral da União, Ministério Público Federal, Conselho Administrativo de Defesa Econômica etc. – e os primeiros acordos de delação premiada são firmados e homologados.

Os funcionários públicos que, reiteradamente, recebem propina, divulgaram o esquema fraudulento com riqueza de detalhes, apresentando nomes, documentos, mídias eletrônicas etc. Alguns executivos das empreiteiras seguiram o mesmo caminho, também firmando os seus acordos de delação.

No bojo de seus depoimentos, Mévio, o diretor-executivo da empreiteira “ABC”, confessou o pagamento de propina há pelo menos cinco anos aos funcionários públicos referidos. Em sua defesa, afirmou que sempre agiu no interesse da empreiteira, de seus acionistas e colaboradores, e isto porque se não pagasse propina, a empresa perderia contratos e, muito provavelmente, ficaria em situação de insolvência – recuperação judicial ou falência.

Mévio afirma mais: o pagamento de propina é praxe no mercado das grandes obras de infraestrutura no Brasil, o que seria de conhecimento público e notório, perpassando os governos federais nos últimos trinta anos.

Compreendido o segundo exemplo, formulam-se as seguintes indagações ao atento leitor: 1) a conduta de Mévio qualifica-se como um ato de gestão? 2) o pagamento de propina deve ser entendido como violação ao dever de diligência ou ao dever de lealdade?

(iv) A causa do contrato de seguro D&O

Qualquer semelhança com os dois exemplos acima referidos é mera coincidência. Os fatos foram apresentados com finalidade meramente educativa, procurando explicitar como examiná-los, agora, sob as luzes que focalizam a causa do contrato de seguro D&O.

No tocante à definição de causa como instrumento qualificante dos contratos no direito brasileiro, naturalmente não há espaço neste pequeno artigo para digressões de maior envergadura.³² Deseja-se, apenas, grifar que a causa do contrato de seguro D&O possui relação íntima com o ato de gestão por parte dos administradores. Os riscos financeiros transferidos à seguradora encontram-se vinculados aos atos de gestão, de maneira que é correto afirmar, a *contrario sensu*, que se não houver ato de gestão não haverá que se falar em aderência por este contrato de seguro.

Fazendo aqui comparações propositadamente toscas, o seguro D&O não cobre o roubo do telefone celular ou o acidente automobilístico, por uma razão singela: não há ato de gestão. Vale uma rápida ponderação quanto aos atributos ativo e passivo que poderão caracterizar o ato de gestão: o administrador, em algumas situações, pode ser premido a tomar uma decisão ou abster-se de tomá-la. Seja considerando o atributo ativo ou passivo, o seguro D&O deverá oferecer cobertura.

O primeiro exemplo referido no item anterior parece não oferecer maiores dificuldades. O típico caso do *insider trading* não é merecedor da tutela provida pelo contrato de seguro D&O pela mesmíssima razão apontada anteriormente quanto aos seguros para roubo de telefone celular e/ou acidente automobilístico. De maneira redundante, propositadamente, o seguro D&O cuida (cobre o) do ato de gestão. Não havendo gestão, de seguro D&O não haverá que se falar.

³² Para um exame aprofundado da causa do contrato de Seguro D&O, seja novamente permitido remeter ao nosso GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. cit., designadamente o primeiro capítulo.

O não oferecimento de cobertura ao *insider trading* é ainda mais contundente que os exemplos citados porque a sua prática compreende-se como à “não gestão”, à antítese da gestão, simplesmente porque o administrador age para atender aos seus interesses próprios, deixando totalmente de lado os interesses da sociedade. Por esta razão é conhecidíssima a exclusão de cobertura chamada *personal profit exclusion*.³³

Nesse sentido, por não haver qualquer espécie de convergência com o ato de gestão, não há que falar no oferecimento de cobertura alguma, seja quanto à antecipação dos custos de defesa, seja quanto ao pagamento de indenização eventual ao final. Esta mesma moldura fática foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp nº. 1.601.555, Relator o e. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T., v.u., j. 14.2.2017. Por sua pertinência com o que se deseja expor, transcrevem-se as seguintes passagens da ementa:

5. O seguro de RC D&O (*Directors and Officers Insurance*) tem por objetivo garantir o risco de eventuais prejuízos causados por atos de gestão de diretores, administradores e conselheiros que, na atividade profissional, agiram com culpa (Circular/SUSEP nº 541/2016). Preservação não só do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que incentiva práticas corporativas inovadoras, mas também do patrimônio social da empresa tomadora do seguro e de seus acionistas, já que serão ressarcidos de eventuais danos.

6. A apólice do seguro de RC D&O não pode cobrir atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do administrador, o que evita forte redução do grau de diligência do gestor ou a assunção de riscos excessivos, a comprometer tanto a atividade de compliance da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa. Aplicação dos arts. 757 e 762 do CC.

³³ A *personal profit exclusion* é comumente associada à conduta dolosa do administrador: *Tal como se puede comprobar, es frecuente la exclusión de la responsabilidad derivada de actos que hayan generado una ventaja o beneficio personal, directo o indirecto, para el asegurado —o tercero—, aunque no necesariamente hayan sido consecuencia de una actuación dolosa. Bien es cierto que ambas circunstancias suelen coincidir, pues es frecuente que los administradores actúen dolosamente con el fin de obtener algún beneficio, o a la inversa, que la actuación perjudicial para la sociedad, de la que se han derivado un beneficio para el administrador, sea dolosa.* (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital*. In RES, núm. 136. 2008. p. 818).

[...]

8. O seguro de RC D&O somente possui cobertura para (i) atos culposos de diretores, administradores e conselheiros (ii) praticados no exercício de suas funções (atos de gestão). Em outras palavras, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas lesivas à companhia e ao mercado de capitais, a exemplo do insider trading, não estão abrangidos na garantia securitária.

O segundo exemplo, no qual Mévio reconheceu pagar propina para lograr êxito nas licitações das quais a companhia da qual era diretor-presidente participava – apresenta um contorno particular, que o distingue do primeiro exemplo mas, que, por outro lado, aproxima-se dos argumentos apresentados nos primeiro e segundo eixos temáticos do presente artigo, quais sejam, corrupção e ordem pública.

Mévio, o arguto empresário, afirmou em sua defesa que pagava propina porque assim “o jogo era jogado”. Se não pagasse propina, não conseguiria contratos e, consequentemente, a empreiteira “ABC” sairia da cena do concorrido mercado das grandes obras de infraestrutura no Brasil.

Afirmou, em adição, que sempre agiu no interesse da empreiteira, posto que os ganhos decorrentes das vitórias nos certames sempre foram alocados na conta da empresa, e não em seu proveito pessoal. Pretendeu, com esse argumento “sagaz”, convencer as autoridades de que jamais infringiu o dever de lealdade.

Este argumento talvez possa resistir a uma análise preliminar quanto ao cumprimento do dever de lealdade, a considerar que a “beneficiada” pelo pagamento de propina foi a empresa, e não ele próprio. Mas, mergulhando um pouco mais a fundo, não se pode deixar de examinar a questão sob a influência de princípios e valores outros que, conforme demonstrado nos itens (i) e (ii) do presente artigo, são caríssimos ao ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil já sofreu demais com “jeitinhos”, com gambiarras, com acertos eleitoreiros, jogadas por debaixo do pano, em uma palavra, com corrupção. A corrupção é mesmo viral, com um potencial ofensivo enorme, já diagnosticado pelo estudo mencionado, a cargo da OCDE. O País, para progredir, precisa livrar-se dela, o que trará desenvolvimento para toda a sociedade.

Quando se emprega a constatação acima para o interior da órbita do contrato de seguro D&O, chega-se à conclusão serena. Este contrato ou, conforme afirmado anteriormente, qualquer outro contrato de seguro, não tolera a corrupção.³⁴ É a ela refratário, e isto porque, mais do que moralmente, juridicamente a ordem pública brasileira é radicalmente contra a corrupção, bastando lembrar-se que ela se qualifica como crime e que, demais disso, dispõe de lei específica sancionada com o objetivo de facilitar os mecanismos de investigação (por meio dos acordos de leniência) e de reparação, pela via da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas.

³⁴ Quanto à corrupção e sua não aderência ao contrato de seguro D&O, dois acórdãos são dignos de nota. Reproduzem-se trechos de suas íntegras. 1) [...] *Improsperável o argumento de que o bloqueio online, cumprido para garantir o ressarcimento no caso de condenação em processo criminal, onde o apelante foi denunciado pelo Ministério Público Federal por diversos crimes, equipara-se a sinistro indenizável por cobertura securitária. Tal fato não pode ser considerado sinistro porque não guarda relação inerente e direta com a atividade empresarial da tomadora, já que, no ordenamento pátrio (art. 104 CC/15), todo negócio jurídico deve ter objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei [...] Mas descabe considerar como atividade empresarial atos criminosos cometidos através da sociedade empresária. [...] Nos termos do art. 113 do CC/15, todo e qualquer contrato deve ser interpretado conforme a boa-fé objetiva (Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.) No presente caso, não se harmoniza com a norma principiológica estender cobertura securitária a evento decorrente de ação supostamente criminosa, ainda que sob apuração das autoridades competentes e sem relação direta com as atividades empresariais da empresa tomadora do seguro [...].* (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0454890-88.2015.8.19.0001. Apelante: Ildefonso Colares Filho; apelada Zurich Minas Brasil Seguros S.A. Relator: Des. Jessé Torres. 2ª Câmara Cível. j. 3.5.2017. v.u.). *Cumpra esclarecer que contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi interposto Recurso Especial, pendente de julgamento por ocasião da elaboração deste artigo.* 2) [...] *Seria concebível que o juiz mandasse citar o réu numa ação de divórcio a vínculo antes da Lei 6.515/77? Ou numa ação de cobrança de dívida de jogo diante do disposto no art. 814 do Código Civil (art. 1.477 do Código de 1916)? Ou em reclamação trabalhista movida pelo criminoso menor contra o chefe de organização criminosa? [...] Em atividades cujo objeto é ilícito sequer se configura o valor-trabalho tutelado pela Constituição por ser este um valor sempre aferido sob a ótica social, mesmo que individualmente apropriado pelas partes. Mais ainda, nas situações de trabalho ilícito (ilícito criminal, evidentemente), afasta-se a incidência da teoria jus-trabalhista especial de nulidades, retornando-se ao império da teoria geral do Direito Comum, negando-se qualquer repercussão trabalhista à relação socioeconômica entre as partes (DELGADO, Maurício Godinho. Reconhecimento. cit). [...] E havia prova de*

No âmbito do contrato de seguro D&O, a exclusão para condutas dolosas habitualmente consta na seção dedicada às exclusões gerais de cobertura, que se sujeitam à comprovação de que o segurado realmente agiu de maneira deliberada, carecendo, portanto, de confissão ou trânsito em julgado.

A corrupção, todavia, sobretudo em razão dos enormes prejuízos causados ao País, ao menos desde 2015/2016 tem recebido tratamento especial, através da contratação de cláusula particular chamada de ‘atos lesivos à administração pública’.

que o reclamante, conhecia os negócios ilegais, sabia que a empresa aplicava golpes no mercado. Se o reclamante foi conivente com a prática de atividade ilegal, não deve lograr benefícios decorrentes de sua atividade contrária à lei, pois, antes de tudo, os direitos nascem de atos jurídicos perfeitos, o que não ocorre neste caso, está no acórdão. E citando o Ministro Alba Veloso, consignou-se: Quem se aventura onde a norma incrimina, não pode esperar dessa mesma norma proteção. [...] Sob outra ótica, Gustavo Mattedi Reggiani, em interessante digressão feita a partir da tutela da evidência que se defere ao autor da ação (arts. 303 e 311 do CPC), sugere que se ao autor é reconhecida a possibilidade de receber tutela de evidência, por questão de isonomia, ao réu também deverá ser reconhecida a possibilidade de receber a tutela liminar atípica do pedido manifestamente improcedente sem que tenha que percorrer todo o procedimento, com desnecessário dispêndio de tempo e de energia (ob. cit., pág. 129/130; grifei). Como se sabe, realmente, é direito do réu obter liminar extinção do processo, trancado no plano da admissibilidade, nos casos em que o juiz assim deve proceder ex officio (Araken de Assis, ob. cit., págs. 325/326). [...] Trata-se do conhecido seguro de responsabilidade civil “RC D&O” (Directors and Officers Insurance), que visa a garantir riscos decorrentes de eventuais prejuízos sofridos por gestores ou conselheiros de companhias, no desempenho de suas atividades, quando ajam com culpa (art. 5º da Circular SUSEP 541/2016). [...] Naturalmente, não se segura o administrador quando demandado em razão de ato doloso, tipificado no Código Penal. Aliás, o art. 762 do Código Civil preceitua a nulidade do contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro. A cobertura securitária não pode abarcar crime tipificado no Código Penal. Isto não é matéria regida pelo Direito das Obrigações. [...] (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº. 1011986-32.2017.8.26.0100. Relator Desembargador Hamid Bdine. Apelante. Fairfax Brasil Seguros Corporativos S.A. Apelado: Galvão Participações S.A. j. 1.8.2018. v.m.) A divergência decorreu da interpretação de determinada cláusula prevista no contrato de seguro que, segundo a maioria, sequer correspondia a uma cláusula compromissória vazia. A minoria entendeu que a cláusula, tal como redigida, bastava à deflagração do processo arbitral ao invés do processo judicial.

Esta cláusula, quando comparada à seção das exclusões gerais, apresenta uma condição própria, no sentido de que caso seja veiculada uma alegação de corrupção contra o segurado, o pagamento dos custos de defesa (e não a antecipação) ficará condicionado à demonstração, pelo segurado, de que o mesmo é inocente. A cláusula propõe uma inversão da sistemática adotada na seção dedicada às exclusões gerais por conta de uma motivação maior, qual seja, a impossibilidade de que o contrato de seguro ofereça cobertura para condutas relacionadas à corrupção.

O estabelecimento da obrigação de pagamento dos custos de defesa ao final, mediante demonstração de inocência do segurado, não soa em nada contrária ao ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de negócio jurídico estabelecido com fincas na autonomia privada dos contratantes e que, como dito, respeita a uma motivação maior, decorrente da axiologia que instrui e preenche o ordenamento jurídico brasileiro.

Convém entender bem: a seguradora não está a excluir a cobertura motivada em alegação de que o segurado corrompeu ou foi corrompido o que, com efeito, poderia motivar discussões quanto à prevalência do princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVII). O que se propõe, ao revés, é apenas o estabelecimento de uma obrigação condicional, relegando para o futuro o pagamento dos custos de defesa. Entre a exclusão de uma cobertura essencial e o estabelecimento de uma condição há uma diferença capital.

Para que não se pense que a sistemática adotada nesta cláusula é uma exclusividade brasileira, recorre-se a uma monografia elaborada nos Estados Unidos da América que, de maneira detida, examinou a jurisprudência daquele país no período compreendido entre nada mais nada menos que 1900 a 1997. Elaborada pelo professor da Universidade do Texas, Willy Rice,³⁵ o autor conduziu a sua pesquisa a fim de responder à seguinte indagação: a seguradora deve pagar os custos de defesa à exata medida em que ocorram ou poderá aguardar para pagar após o término do processo? O próprio autor lamenta, uma vez que a resposta muda completamente a depender dos tribunais examinados.³⁶

³⁵ RICE, Willy. E. *Contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997*. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>, visitado em 7.3.2016.

³⁶ *Unfortunately, there is serious disagreement among courts considering these questions. The courts of appeals and lower courts in the Third, Fifth, and Ninth' Circuits have ruled that*

Rice conclui informando haver séria controvérsia entre os 6º, 8º, 9º e 10º Circuitos. Alguns determinam o pagamento contemporâneo, enquanto outros entendem por aguardar o desfecho da ação proposta pelo terceiro contra o segurado. A suma, em tom de lamento, é que nos Estados Unidos da América não há previsibilidade ao tratar desta matéria. O que é interessante notar, sem embargo de alguma perplexidade diante de decisões tão díspares, é que o adiantamento dos custos de defesa não é observado naquele país como um direito absoluto, o que reforça a observação anteriormente formulada no sentido de que o estabelecimento de obrigação condicional que determine o pagamento dos custos de defesa ao final da demanda de fundo, mediante a demonstração da inocência do segurado, não é ilegal.

Conclusões

Tratar de corrupção, ordem pública, ato de gestão e seguro D&O facilmente comportaria a elaboração de uma monografia consideravelmente extensa, tamanhas são as nuances a observar.

Procurou-se no presente artigo formular uma estrutura capaz de sustentar que a corrupção não dialoga de maneira alguma com o

indemnity insurers must reimburse defense costs contemporaneously or as they incur because that is when insureds are "legally obligated to pay." Ibid. p. 1.160. O autor refere aos seguintes precedentes quanto ao pagamento dos custos de defesa na exata medida em que forem despendidos. "See *Gon v. First State Ins. Co.*, 871 F.2d 863, 868 (9th Cir. 1989), noting that an insurer must pay legal expenses as they are incurred, because an insured is obligated to pay such expenses as soon as they are rendered; *Okada v. MGIC Indem. Corp.*, 823 F.2d 276, 279, 282 (9th Cir. 1986), affirming the district court's holding that insurer had to pay defense costs as they became due; see also *Mt. Hawley Ins. Co. v. Federal Say. & Loan Ins. Corp.*, 695 F. Supp. 469, 476 (C.D. Cal. 1987), following *Okada* holding that insurer must pay defense costs as they are incurred). Por outro lado, as Cortes no 2º e no 7º Circuitos entendem que as seguradoras têm a faculdade de adiantar os fundos para o custeio das defesas, isto é, não há obrigatoriedade. Ibid. p. 1.161. "(2nd circuit) See *Kenai Corp. v. National Union Fire Ins. Co.*, 136 B.R. 59, 63-64 (S.D.N.Y. 1992). The Court held that despite the absence of an option clause in this case, there are strong independent reasons for finding that the insurer has no duty to advance defense costs. In light of the plain meaning of the terms of the D&O policy [the Court] rejects conclusion that the policy requires National Union to make contemporaneous interim advances of defense expenses, finding that no such advances are necessary. 7th circuit - 158. See *Zaborac v. American Cas. Co.*, 663 F. Supp. 330, 334 (C.D. Il. 1987), finding that insurer's partial advance payments of defense costs did not obligate insurer to continue such

ordenamento jurídico brasileiro, com a sua ordem pública, tampouco com os seus bons costumes.

E o contrato de seguro D&O, por seu turno, quando cobre o ato de gestão, o faz partindo do pressuposto de que o mesmo se reveste de um interesse legítimo, seguindo o que determina o art. 757 do Código Civil. Se o interesse for ilegítimo, por exemplo, decorrente de corrupção, é lógica a conclusão no sentido de que o seguro, nessas circunstâncias, não poderá ser concluído.

Deseja-se, por fim, deixar uma clara mensagem ao leitor: a corrupção não tem espaço no ordenamento jurídico brasileiro que, com todas as forças, a repele – e o pode fazê-lo com facilidade através de práticas republicanas.³⁷ Este mesmo raciocínio, no contrato de seguro D&O, tem uma consequência bem clara, qual seja, a impossibilidade de cobertura, pelos diversos fundamentos expostos ao longo desta narrativa.

payments and holding that insurer had the “option, but not the obligation, to advance defense costs as they are incurred”. O autor refere aos seguintes precedentes quanto ao pagamento dos custos de defesa na exata medida em que forem despendidos. “*See Gon v. First State Ins. Co.*, 871 F.2d 863, 868 (9th Cir. 1989), noting that an insurer must pay legal expenses as they are incurred, because an insured is obligated to pay such expenses as soon as they are rendered; *Okada v. MGIC Indem. Corp.*, 823 F.2d 276, 279, 282 (9th Cir. 1986), affirming the district court’s holding that insurer had to pay defense costs as they became due); see also *Mt. Hawley Ins. Co. v. Federal Say. & Loan Ins. Corp.*, 695 F. Supp. 469,476 (C.D. Cal. 1987), following *Okada* holding that insurer must pay defense costs as they are incurred). Outras Cortes entendem que não deve haver o referido pagamento contemporâneo porque, se assim ocorrer antes que a demanda entre o terceiro e o segurado seja resolvida, poderá haver pagamentos pela seguradora que, por exemplo, sejam qualificados como riscos excluídos: “Some courts, however, argue against contemporaneous payments because if courts force insurers to advance defense costs before resolving the underlying third-party action, “insurers inevitably would pay some losses that are not covered by [the] policy [and] [i]nsurers would be prejudiced by such a result, even if the insureds were required to reimburse the insurers.” *Ibid.* p. 1.161.

³⁷ *Seu relato: Para se ter uma ideia, quando assumi a Secretaria de Administração do Município de São Paulo, a área de licitações no prédio da Prefeitura era fechada. Ninguém podia entrar lá. Aí eu apliquei uma coisa que aprendi com Hely: o inimigo mais feroz da corrupção é a publicidade* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014. p. 103).

Referências

ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1977

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos acordos de leniência no Brasil Teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro. Por que a gente é assim?* In <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>,

BAUMAN, Jeffrey et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and problems*. 5 ed. EUA: Thompson West, 2003.

BESANKO, David & DRANOVE, D & SHANLEY, M & SCHAEFER, S. Traduzido por Christiane de Brito. *A Economia da Estratégia*. 5ª Edição, Porto Alegre: Bookman, 2012

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. In *Revista de direito civil contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2016.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 2, 14ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *“Insider Trading”: sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais*. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *A civilização Capitalista*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 140.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005.

LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral á Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 388.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2017.

PAZ-ARES, Cândido. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, n.º. 4, 2003

PENNA, Paulo Eduardo. *Alienação de Controle de Companhia Aberta*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução á Ciência do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura. Coimbra: Almedina, 2010

RICE, Willy. E. Contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>, visitado em 7.3.2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 125.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüler, Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUNC, André. *Le droit américain de sociétés anonymes*. Paris: Economica, 1985

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0454890-88.2015.8.19.0001. Apelante: Ildefonso Colares Filho; apelada Zurich Minas Brasil Seguros S.A. Relator: Des. Jessé Torres. 2ª Câmara Cível. j. 3.5.2017. v.u.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº. 1011986-32.2017.8.26.0100. Relator Desembargador Hamid Bdine.

REsp nº. 1.601.555, Relator o e. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T. v.u. j. 14.2.2017

Relatórios

Ministério Público Federal. Estudo técnico nº. 01/2017 – 5ª CCR. Brasília, setembro 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>, visitado em 29.2.2020.

Relatórios econômicos OCDE, Brasil, fevereiro 2018. Disponível em <http://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>, visitado em 27.2.2020.

COVID-19 e o contrato de seguro D&O: os impactos possíveis

Nathália Rodrigues Bittencourt M. O. de Menezes*

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise dos possíveis impactos da pandemia de COVID-19 no contrato de seguro D&O. O trabalho analisa o conceito dessa modalidade de seguro, procurando compreender os riscos assumidos pela seguradora com o respectivo contrato, repassando os principais fatos históricos que contribuíram para a evolução do tema no mercado internacional e sua regulação no Brasil. O estudo não é exaustivo, pois o estado de calamidade pública, tal como reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, terá seus efeitos até 13/12/2020 e não tem precedentes no cenário brasileiro.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the possible impacts of the COVID-19 pandemic on the D&O insurance contract. The work addresses the concept of that type of insurance, seeking to understand the risks assumed by the insurer with the respective contract, going through the main historical facts that contributed to the evolution of the theme in the international market and its regulation in Brazil. The study is not exhaustive, as the State of public calamity recognized by Legislative Decree 6/2020, will have its effects until 12/30/2020, just as it has no precedent in the Brazilian scenario.

Palavras-chave: Contrato. Seguro. D&O. Regulação. Pandemia. COVID-19.

Keywords: Contract. Insurance. D&O. Regulation. Pandemic. COVID-19.

* Advogada na Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida (CNseg), 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.

A evolução do Seguro Responsabilidade Civil D&O (RC D&O)

A sigla que dá nome a este seguro vem do original em inglês Directors & Officers Liability Insurance. A modalidade foi desenvolvida para proteção do patrimônio pessoal de Conselheiros (*Directors*) e Diretores (*Officers*) contra perdas financeiras que sejam decorrentes das atividades desempenhadas pelos administradores de sociedades empresárias.

Seu aparecimento no mercado deveu-se à grande crise ocorrida durante a conhecida quebra da bolsa de Nova York, ocorrida em 29 de outubro de 1929, que resultou na falência de milhares de bancos, indústrias e empresas rurais, causando o desemprego de aproximadamente 12 (doze) milhões de americanos. Dentre as medidas voltadas à superação da crise os EUA, algumas levaram à redução drástica da compra de produtos estrangeiros, e à suspensão total dos empréstimos de agentes financeiros americanos a outros países, além de outras consequências. Com a crise instalada e propagada por todo o mundo capitalista, e diante da proibição de empresas indenizarem seus administradores, o Lloyd's, de Londres, viu a oportunidade de introduzir o Seguro RC D&O.

A evolução dessa modalidade de seguro foi resultado, também, do fato de o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, em prática na época, passarem a representar um fator de risco de danos a terceiros, mesmo quando não decorriam, necessariamente, de condutas ilícitas dos indivíduos. O aumento da produtividade e a reorganização racional da produção, que passaram a ocorrer sistematicamente como resultado da industrialização e evolução do capitalismo, colaboraram para o desenvolvimento econômico. E assim, na década de 30 do século passado, o seguro D&O surgiu e começou a ser comercializado nos Estados Unidos e Inglaterra, há aproximadamente oitenta anos.¹ Vale registrar, entretanto, que os riscos por ele cobertos e a responsabilidade de gestores e diretores de empresas tem sido tema debatido nas mais diversas Cortes por mais de duzentos anos.

No Brasil, em que pese a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) ter privilegiado a ordem econômica, inclusive gerando o entendimento de que a função econômica fundamental do Estado é a de criar novas oportunidades para a inovação empresarial², a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) apreciou o tema pela primeira vez somente em 2005, por meio de processo administrativo sancionador.

¹ GOLDBERG, Ilan. *O Contrato de Seguro D&O*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 519.

² GOLDBERG, Ilan apud PEREIRA, Luis Carlos Bresser, *op. cit.* pág. 156.

Contudo, não há como negar que o Brasil experimentou crescimento econômico nas últimas décadas e o Estado, em paralelo, no exercício da sua função legislativa, passou a criar instrumentos de controle das sociedades empresárias, com a justificativa de garantir instrumentos de proteção dos hipossuficientes. Exemplo disso é a promulgação de leis e normas referentes aos direitos dos trabalhadores, consumidores e proteção do meio ambiente. Adicionalmente, outros instrumentos de controle são levados à observância por parte das sociedades, objetivando sempre o zelo na regularidade da conduta dos administradores. Esta é a função dos conselhos de administração e fiscal, das auditorias internas e externas, controladoria, acionistas e governança corporativa, entre outros.

Assim mesmo, e não obstante todo esse conjunto de normas e de cuidados, em virtude das funções inerentes a suas atividades, administradores e conselheiros das companhias podem vir a causar danos a terceiros que ultrapassam a regra geral do instituto da responsabilidade civil. E todo esse dano causado diretamente a outrem tem que ser reparado.

A atuação desses dirigentes nas sociedades empresárias implica em responsabilização por tomada de decisão, risco, obtenção de informações, diligência, potenciais conflitos, discricionariedade, bem como nos termos dos artigos 153 a 158 da Lei n. 6404, de 1976³: dever de diligência, dever de lealdade, conflito de interesse, dever de informar e responsabilidades do administrador. Logo, é claro que os administradores e conselheiros de sociedade empresarial, com poder decisório, expõem-se a diversos riscos jurídicos, que podem gerar responsabilidade nas esferas civil, administrativa e penal.

Frise-se que a sociedade empresária também tem interesse na proteção de seus administradores e conselheiros, sobretudo porque a responsabilidade que recai sobre estes, pode recair sobre ela. Eis que, que independente do resultado, a favor ou não dos demandados, a reclamação⁴, por si só, gera despesas. E nesses processos, ainda que determinado diretor, administrador ou conselheiro acusado de atos dolosos ou culposos que causaram danos a terceiros, venha a ser inocentado, os gastos com sua

³ Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

⁴ Denominação genérica dada às citações, intimações e notificações judiciais ou extrajudiciais, que comunicam a instauração de processo administrativo ou judicial, contra segurado, referente à responsabilização deste por ato praticado no exercício de suas funções na sociedade empresária.

defesa em processos que costumam ser tecnicamente complexos e com duração longa são extremamente onerosos⁵.

Vale dizer que a demanda do terceiro não precisa ser bem fundamentada ou procedente, para configurar o sinistro no seguro RC D&O. Este é, inclusive, um fundamento bastante importante na experiência norte-americana na implementação do seguro de RC D&O, pois vislumbrou-se, nos Estados Unidos, a necessidade de proporcionar mecanismos de preservação dos administradores perante os grandiosos custos processuais e de defesa jurídica típicos desse país.

Na prática, o seguro RC D&O, que antes tinha como destinatária a garantia da própria sociedade e de terceiros em razão das práticas de seus administradores, com o passar dos anos teve sua função prática alterada para cobrir despesas de litígios judiciais, as quais passaram a ser o principal objeto da contratação securitária⁶. Pedro Pais de Vasconcelos⁷ explica que isso teve início na década de 1930, ocasião em que os administradores, por não estarem dispostos a enfrentar, com apenas seu patrimônio, o risco de serem visados numa *class action*⁸, viram-se incapazes, economicamente, de custear sua defesa.

E é exatamente por esse motivo que, aos poucos, as seguradoras passaram a suportar primordialmente os custos dos litígios para, posteriormente, com o remanescente do capital coberto, também cobrir os valores dispendidos nas indenizações, de modo que se pode afirmar que a real razão da contratação do Seguro RC D&O consiste, primordialmente, em suportar as enormes despesas oriundas dos litígios⁹.

Neste sentido, o aumento do interesse dos administradores em contratar o seguro RC D&O, se deu pela razão de não estarem dispostos a enfrentar os riscos em que sua atividade os colocava caso fossem acionados judicialmente, no âmbito da arbitragem ou administrativamente. Como dito acima, os processos são extremamente dispendiosos, comprometendo a capacidade da pessoa física conseguir suportar economicamente seus custos.

⁵ GOLDBERG, Ilan. *Op. cit.*, pág. 143.

⁶ GOLDBERG, Ilan. *Op. cit.*, pág. 144.

⁷ GOLDBERG, Ilan apud VASCONCELOS, Pedro Vais de. *Op. cit.*, págs.143-144.

⁸ Ações Coletivas.

⁹ GOLDBERG, Ilan. *Op. cit.*, pág. 143.

As características do contrato de seguro RC D&O

Antes de adentrar nas características próprias do contrato de seguro de RC D&O, cumpre destacar que o contrato de seguro, nas suas diversas modalidades, é de suma importância para a sociedade em geral, ainda que consideradas as conquistas da evolução tecnológica e as profundas alterações nas relações sociais.

Como é sabido, o Código Civil de 2002 (CC/02) faz referência ao contrato de seguro nos arts. 757 a 802, tendo redefinido e aperfeiçoado a noção básica e as características elementares do referido contrato no artigo 757¹⁰. Nos termos do Código, trata-se de contrato típico, bilateral ou plurilateral, consensual, de adesão e oneroso, que determina ao segurador, como obrigação principal, garantir o segurado contra as consequências dos riscos previamente estabelecidos. De outro lado, determina-se ao segurado a obrigação do pagamento do prêmio correspondente.

O objeto do contrato de seguro é a garantia do interesse legítimo do segurado, sendo a obrigação da seguradora a de indenizar, em dinheiro, consoante o art. 776 do CC/02: *O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convenionada a reposição da coisa*. Portanto, não se trata de obrigação de fazer, mas de obrigação de dar (indenizar). E mesmo que o segurador nomeie terceiros para reconstruir algum bem segurado danificado em evento coberto ou, ainda, fazer a reposição da coisa, em nada se descaracteriza a natureza do contrato.

A doutrina converge no entendimento de que a contraprestação do segurador é a garantia, a segurança em relação a riscos. Quanto ao seguro de dano, se consagra o princípio indenitário, que delimita o valor da garantia, assim como o que efetivamente se indenize por ocasião do sinistro. E os elementos fundamentais que caracterizam o contrato de seguro, segundo o professor Bruno Miragem¹¹, ao citar os

¹⁰ 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. (BRASIL, CC/02)

¹¹ MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Org.). Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág.27.

ensinamentos do jurista Fábio Konder Comparato são: o interesse¹², o risco¹³, a garantia¹⁴ e o prêmio¹⁵.

Contudo, além dos referidos elementos, parte da doutrina¹⁶ acrescenta a empresarialidade como elemento, nos moldes do art. 757 do CC/02, acima mencionado.

É importante salientar o alcance da alteração legislativa contida no art. 757 supra citado, que afasta o conceito de indenização como elemento essencial do contrato. A ideia de que o seguro é o negócio que prevê garantia para um interesse é nuclear para a teoria jurídica deste. Frequentemente, o termo garantia tem seu significado dependente de uma prestação principal. Por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro a garantia é a própria prestação principal. O seguro não é negócio jurídico acessório, é vínculo autônomo¹⁷.

A cobertura do contrato de seguro RC D&O

O contrato de seguro de RC D&O tem a finalidade de ressarcir o segurado ou o tomador do seguro¹⁸ das perdas indenizáveis¹⁹ que

¹² Interesse Legítimo Segurado - É relação lícita, de valor econômico, sobre um bem (aqui considerado no seu sentido mais amplo) ameaçado por um risco e que, nos termos do Código Civil, constitui o objeto do contrato de seguro. SEGUROS, Escola Nacional. Dicionário de Seguros: vocabulário conceituado de seguros. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

¹³ Risco - É o evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. Idem.

¹⁴ Garantia - É a designação genérica utilizada para indicar as responsabilidades pelos riscos assumidos por um segurador ou ressegurador, também empregada como sinônimo de cobertura e do próprio seguro. Idem.

¹⁵ Prêmio - É a importância paga pelo segurado, ou estipulante, à seguradora, em troca da transferência do risco contratado. Idem.

¹⁶ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Roncarati, 2016, pág. 43.

¹⁷ Idem, págs. 44-45

¹⁸ É a pessoa jurídica que contrata o seguro de RC D&O no interesse dos segurados, e que se responsabiliza, perante a seguradora, a atuar em nome destes com relação às condições contratuais do seguro, inclusive em relação ao pagamento do prêmio.

¹⁹ Constituem perda indenizável os custos de defesa e/ou indenização ou acordos firmados com anuência prévia da seguradora.

recaírem sobre aquele, por eventual obrigação de reparação de danos causados a terceiros, em razão de determinada reclamação a que vier a responder, por seus atos de gestão. As apólices de seguro RC D&O estabelecem em suas condições gerais os riscos cobertos em três faces distintas, as chamadas garantias “A”, “B” e “C”, em que se encontra o elemento interesse legítimo na modalidade do D&O.

A garantia “A” consiste em pagamento direto, pois se destina aos executivos (diretores, administradores e conselheiros), onde a seguradora garante a cobertura dos custos da indenização ou o reembolso dos segurados, por qualquer perda indenizável, que inclui os custos de defesa resultantes de uma reclamação em decorrência de ato danoso. Tal garantia relaciona-se, por exemplo, com a inobservância, pelo administrador, dos seus deveres de diligência e de lealdade, nas hipóteses em que este deixa de adotar uma conduta como, por exemplo, a de se qualificar, de saber a informação de que deveria ter conhecimento ou quando falta com o dever de vigilância, bem como quando deixa de agir com transparência, não prestando as informações ao mercado adequadamente.

A garantia “B” prevê a cobertura de reembolso da sociedade, em caso de adiantamento de perda indenizável, que inclui os mesmos elementos acima mencionados, de acordo com a Lei aplicável, a um segurado ou a outrem em seu nome. Em outras palavras, a referida cobertura garante o reembolso da sociedade em eventual adiantamento de custo de defesa e/ou indenização referentes aos seus executivos.²⁰

Frise-se que as garantias “A” e “B” consistem nas principais coberturas básicas, previstas obrigatoriamente, nas apólices de seguro RC D&O, não podendo ser contratadas isolada ou separadamente pelo tomador do seguro. Já a garantia “C” é contratada diretamente pela sociedade, para cobertura de reclamações em que esta for demandada, em razão de condutas de seus executivos. Verifica-se, nesta hipótese, o seu interesse legítimo, uma vez que pode a sociedade ser responsabilizada pelos atos praticados por seus gestores.

Neste sentido, abrem-se parênteses, para destacar que originalmente o seguro RC D&O se destinava à cobertura somente da garantia “A”. As garantias “B” e “C” surgiram em decorrência da *Private Securities Litigation Reform Act*, de 1995, e tinham como alvo o tomador do seguro que ora contratava diretamente a seu favor, e ora para proteção do patrimônio de seus executivos.

²⁰ GOLDBERG, Ilan *apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, pág. 148.

Ilan Goldberg²¹ elucida que, com relação à cobertura C, vale esclarecer que a generalidade dos contratos de seguro D&O no Brasil a delimitam apenas a reclamações relacionadas a valores mobiliários. O referido professor defende a necessidade de harmonia entre os interesses legítimos dos executivos e os da sociedade – a exemplo do que se observou nos Estados Unidos – que proporcione a flexibilização entre as três coberturas, possibilitando a contratação pelos executivos, da cobertura “A”, com seguradoras diferentes daquelas em que a sociedade tenha contratado as coberturas “B” e “C”. Tal medida evitaria conflitos de interesses.

Isso porque, na hipótese de o executivo considerar insuficiente o limite de cobertura contratado pela sociedade a seu favor, seria possível a contratação de outra cobertura, por sua conta, para o mesmo risco, em seguradora distinta. Para tanto, seria necessária a definição de limites financeiros específicos para cada interessado, sobretudo para que não venha a ocorrer prejuízo da cobertura “A”, cujo interesse legítimo toca diretamente nos reais responsáveis pelos atos de gestão.²²

Riscos excluídos

É de suma importância que fique claro que constituem riscos excluídos das apólices os atos praticados pelo segurado relacionados com qualquer fraude, conduta fraudulenta, ação ou omissão contrária à ordem jurídica, que caracterize um ato ilícito doloso ou com culpa grave equiparável ao dolo, nos termos da legislação civil, comercial, fiscal, penal, administrativa ou de qualquer outra natureza.

A fraude no seguro D&O pode ocorrer pelo comportamento desleal do administrador, em que se utiliza de situação legal para auferir vantagem financeira injustificadamente. Exemplo clássico, que inclusive já foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça²³, é o *insider trading*, quando o agente se utiliza de informação privilegiada, atuando no mercado financeiro, para auferir algum tipo de vantagem. Em tal caso, o administrador compra ou vende ações às vésperas da divulgação de fato relevante pela companhia, e o nexo causal que configura a conduta fraudulenta no D&O se verifica mediante a apuração do proveito econômico que o segurado auferiu ou pretendeu auferir.

²¹ GOLDBERG, Ilan. *Op. cit.*, pág. 149.

²² Idem p. 150.

²³ Recurso Especial nº 1.569.171.

Semelhantemente, atos dolosos são riscos excluídos das apólices de seguro RC D&O, notadamente em razão do disposto no art. 762 do Código Civil que determina que: *nulo será o contrato para a garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro*. Por ser contrário à ordem pública e aos princípios que regem os contratos no âmbito da Lei Civil, o contrato de seguro RC D&O não admite cobertura de atos dolosos.

Cumpre destacar que, obviamente, condutas relacionadas a lavagem de dinheiro e atos de corrupção também não são cobertas pelo contrato de seguro de RC D&O. Outrossim, também não se admite modalidade culposa para tais condutas. Ressalte-se ainda que, no Brasil, o contrato de D&O possui cláusula específica de risco excluído que consiste nos “atos lesivos à administração pública”.

Assim, as mencionadas exclusões de riscos visam deixar claro que o seguro de RC D&O não prevê ou possui cobertura, em hipótese alguma, de condutas relacionadas a atos de corrupção.

Regulação do Seguro RC D&O

O órgão regulador do mercado brasileiro de seguros privados – a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) – estabeleceu as regras sobre o Seguro de RC D&O por meio da Circular Susep nº 553, de 23 de maio de 2017²⁴, que revogou a Circular Susep nº 541, de 14 de outubro de 2016²⁵. A Circular nº 553/17 reforça que a cobertura de seguro RC D&O não compreende qualquer ato ilícito doloso, definindo que, por este, entendem-se ações ou omissões voluntárias, que violem direito e/ou causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. E em seu art. 5º dispõe que no seguro de RC D&O, a sociedade seguradora garante aos segurados o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados.

²⁴ Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O), e dá outras providências.

²⁵ Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O).

Além disso, pode haver cobertura de multas e penalidades cíveis e administrativas impostas aos segurados quando no exercício de suas funções no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas.

Vale destacar que o dispositivo acima mencionado prevê, ainda, que a garantia do seguro em tela pode abranger os custos de defesa e os honorários advocatícios de profissionais contratados pelos segurados. A norma também possibilita que, ao invés de reembolsar o segurado, a seguradora ofereça o pagamento direto aos terceiros prejudicados ou o reembolso ao tomador, caso este tenha adiantado, para o segurado, total ou parcialmente, quantias correspondentes às indenizações cobertas pelo seguro. E estabelece, inclusive, que em havendo a cobertura de custos de defesa e de honorários advocatícios, o contrato do seguro deve prever expressamente o direito de regresso da seguradora nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, ou em que o segurado reconheça sua responsabilidade.

A mesma Circular Susep nº 553/2017 dispõe que os custos de defesa compreendem custas judiciais, honorários advocatícios e periciais, despesas necessárias para apresentar, junto aos órgãos competentes, as defesas e/ou recursos dos segurados relativos a reclamações contempladas pelo seguro. E esta norma traz, em seu bojo, a definição de fato gerador no seguro de RC D&O, que consiste em dano causado a terceiros, por ato ilícito culposo praticado pelo segurado no exercício de suas funções, que resulte em processo administrativo formal e/ou judicial ou arbitral contra este.

Outra previsão normativa que merece destaque é que as sociedades seguradoras não podem atuar concomitantemente como tomador e segurador, em seguro de RC D&O que garanta seus próprios executivos, e/ou de suas subsidiárias e/ou de suas coligadas.

Cumprе ressaltar que a Circular nº 553 deixa claro que o seguro de RC D&O não cobre os riscos de responsabilização civil dos segurados em decorrência de danos causados por estes a terceiros, na qualidade de cidadãos, quando não estiverem no exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias ou em suas coligadas, situação que se enquadra em outro ramo de seguro: RC Geral – Seguro de responsabilidade civil geral.

Eventuais danos causados a terceiros em decorrência de serviços prestados por profissionais liberais não se enquadram na cobertura de seguro de RC D&O, pois são objeto de cobertura da modalidade

de seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional). E a norma dispõe, expressamente, que os danos ambientais não compõem o seguro de RC D&O, pois são ligados ao ramo de seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais).

Por fim, cumpre destacar que o normativo estabelece que os danos causados a terceiros, em que a sociedade tenha sido responsabilizada, em consequência de atos ilícitos culposos praticados por pessoa física, que exerça, e/ou tenha exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, quando comercializados como cobertura básica, correspondem a cobertura do seguro de RC Profissional.

Os possíveis impactos da COVID-19 no seguro de RC D&O

A declaração de estado de pandemia, pela Organização Mundial de Saúde, no mês de março/2020, em razão do novo coronavírus (SARS-Cov-2) inaugurou um novo cenário mundial que vai além da preocupação com relação à saúde dos indivíduos e com o sistema de saúde. O isolamento social forçado e a paralisação dos setores produtivos agravam os riscos financeiros das empresas, sejam elas de grande, médio ou pequeno porte, e ensejam diversas discussões contratuais, em razão de inadimplemento imposto pelas novas circunstâncias. Na hipótese de contrato de seguro, nas suas diversas modalidades, muito se tem a discutir e a refletir, sobretudo porque não se tem como cobrir risco não previsto contratualmente, que não fez parte dos cálculos atuariais para chegar ao seu custo, e que não teve o um valor correspondente não se encontra no pagamento de prêmio.

Ressalte-se que a grande maioria das apólices de seguro tem epidemias e pandemias dentre seus riscos excluídos de cobertura.

Quanto ao seguro de RC D&O, especificamente, é oportuno mencionar medida tomada, por investidores nos Estados Unidos, mediante o ajuizamento de duas ações coletivas²⁶, com base em alegada lesão decorrente de informações, supostamente equivocadas, prestadas por duas companhias. Uma das ações fundamentou-se no fato de que determinada companhia teria omitido informações relevantes quanto aos males causados pela doença com o objetivo de, assim, preservar o seu volume de vendas, elevando o valor de suas ações. Contudo, com o desenrolar da questão e das informações relacionadas a COVID-19, a queda das ações dessas duas companhias foi brusca.

²⁶ <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direito-civil-atual-covid-19-impactar-responsabilidade-administradores>. Acesso em 14 de abril de 2020.

Já a outra demanda, por sua vez, teve como fundamento o fato de que determinada companhia teria divulgado o desenvolvimento de vacina contra a COVID-19 em curto espaço de tempo²⁷.

Considerando-se que as referidas demandas se relacionam com atos praticados por administradores e/ou gestores de companhias, naturalmente, afetam possíveis coberturas de seguro de RC D&O, conforme exposto neste artigo.

No Brasil, verificou-se um aumento exacerbado de publicações de leis e atos normativos, relacionados a COVID-19. No âmbito do Poder legislativo, inúmeras proposições passaram a tramitar no Congresso Nacional com vistas a estipular regras temporárias para contratos privados. A Comissão de Valores Mobiliários, por exemplo, baixou a Circular CVM/SNC/SEP/nº 02/2020, datada de 10 de março de 2020, que trata dos efeitos do Coronavírus nas demonstrações financeiras. A CVM chama atenção para que as companhias abertas e seus auditores independentes considerem cuidadosamente os impactos do COVID-19 em seus negócios e reportem, nas demonstrações financeiras, os principais riscos e incertezas advindos da conclusão dessa análise. Observadas, lógica e naturalmente, as normas contábeis e de auditoria aplicáveis, sobretudo eventos econômicos que tenham relação com a continuidade dos negócios e/ou às estimativas contábeis levadas a efeito em algumas áreas como, por exemplo, na recuperabilidade de ativos, mensuração do valor justo, provisões e contingências ativas e passivas, reconhecimento de receita e provisões para perda esperada.²⁸

Observa-se que o estado de calamidade pública reconhecida em decorrência da Covid-19 requer um comportamento diligente, sobretudo quanto à divulgação de fatos relevantes como consequência dos impactos sofridos, bem como a necessidade de que os resultados financeiros sejam corretamente expostos aos interessados. Com efeito, esta pandemia impacta o seguro de RC D&O, considerando a natureza econômica da sua cobertura e a sua relação com a atividade empresária.

O papel fundamental desta modalidade de seguro, entretanto, não se altera e permanece: o de constituir instrumento eficaz da atividade empresária, pois por meio da transferência financeira à seguradora do risco de administração de uma sociedade, sobretudo em razão da

²⁷ Idem.

²⁸ <http://www.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/snc-sep/oc-snc-sep-0220.html> Acesso em 27 de abril de 2020.

complexidade e das incertezas que permeiam a atividade empresarial, aumentadas pelo estado de calamidade atual, o administrador e a sociedade correm muitos riscos de responsabilização por sua gestão. E em conclusão pode-se dizer que, nesta conjuntura de crise, ficou ainda mais evidente, que o contrato de seguro permanece como ferramenta essencial à mitigação de riscos da atividade econômica, bem como instrumento de prevenção capaz de oferecer garantia e segurança individual e coletiva em relação a riscos ordinários e, eventualmente, extraordinários da vida em sociedade.

Dilemas contemporâneos: os seguros privados e a cobertura das pandemias

Thiago Junqueira*

Resumo: Em momentos adversos, como na atual pandemia da Covid-19, é intuitivo aos segurados buscar amparo junto aos seguradores privados. Seriam eventos associados a pandemias, porém, alvo de cobertura de seguros? Essa questão tem sido respondida de formas díspares e, por vezes, sem a consideração de toda a paisagem. O presente estudo tem como objetivo mapear o debate, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, dando-se destaque aos seguros de vida.

Abstract: In times of adversity, such as in the current Covid-19 pandemic, it is only intuitive for policyholders to seek support from their private insurance companies. Should pandemic-related events, however, be subject to insurance coverage? This question has been answered in many different ways, nevertheless, without always taking into account the whole legal landscape. This study aims to map the debate in the light of the Brazilian legal system, with emphasis on life insurance.

Palavras-chave: seguro de vida, risco, pandemia, cobertura securitária.

Keywords: life insurance, risk, pandemic, insurance coverage.

Sumário: 1. Introdução. 2. Predeterminação dos riscos e o conteúdo do dever de prestar do segurador. 2.1. A tradicional (falta de) cobertura de eventos associados a pandemias. 3. Interpretando a delimitação dos riscos. 3.1. Dever de informação do segurador. 3.2. Específica exclusão de eventos associados a pandemias: o exemplo do seguro de vida. 3.3. Outras aparentes formas de exclusão de riscos que se ligam a pandemias: remissão. 4. Notas conclusivas.

1. Introdução

Ficaram eternizadas as palavras ditas por Cuthbert Heath em 1906, após terremoto com magnitude 8,25 na escala Richter, seguido de três dias de incêndios que devastaram a cidade de São Francisco, na

* Doutor em Direito Civil pela Uerj. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado (Hamburgo-Alemanha). Representante internacional da Academia Brasileira de Direito Civil. Professor da

Califórnia: *Paguem todos os segurados na íntegra, independentemente dos termos de suas apólices*. A atitude do referido subscritor inglês, considerado um dos principais nomes dos seguros na modernidade, contribuiu para que o grupo segurador *Lloyd's of London* se consolidasse no mercado dos Estados Unidos da América.¹

Em tempos de pandemia do novo coronavírus (variante SARS-CoV-2), há – nas mais diversas latitudes – crescente apelo político e social para que semelhante medida seja tomada pelo setor segurador. Seria esse, porém, o melhor caminho? É tudo, menos simples, responder a tal pergunta – não apenas de ouro, mas de bilhões de euros, conforme ressalva Luc Mayaux:

Na França, como no restante do mundo, a insuficiência das garantias de seguro frente à crise do Coronavírus é patente, especialmente os riscos relacionados à atividade empresarial. Em seu último discurso televisivo de 13 de abril de 2020, o presidente Macron declarou que iria zelar para que os contratos de seguro fossem cumpridos. No passado, o Poder Público chegou a 'torcer o braço' das seguradoras para forçá-las a garantir, mesmo quando elas poderiam validamente se recusar a fazê-lo (como no caso do sangue contaminado pelo vírus da AIDS nos anos 1990). Mas, dessa vez, o desafio é muito

Escola Nacional de Seguros e do ICDS. Sócio de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados. E-mail: thiago.junqueira@cgvadvogados.com.br.

¹ Como o terremoto de São Francisco mudou o Lloyd's e o setor de seguros? A atitude de Heath em relação às reivindicações de São Francisco foi recompensada em benefício do mercado de seguros de Londres. Suas ações destacaram a excelente reputação do Lloyd's de pagar reivindicações válidas – uma reputação que ainda existe hoje – e os negócios prosperaram. [...] O terremoto acabou custando ao Lloyd's mais de US\$50 milhões – uma soma impressionante naquela época e equivalente a mais de US\$1 bilhão em dólares de hoje. Cf.: 4BUSINNES. *Famous Insurance Claims of The Past*. Disponível em: <https://4-business.co.uk/2019/12/10/famous-insurance-claims-of-the-past/>. (Tradução livre). Sobre a vida do indigitado subscritor, veja-se: BROWN, Antony. *Cuthbert Heath: The Maker of Modern Lloyds*. David & Charles, 1980. Registre-se, por oportuno, que o presente artigo retoma e desenvolve algumas reflexões preliminares dispostas em: JUNQUEIRA, Thiago. Os seguros privados cobrem eventos associados a pandemias? *Conjur: Direito Civil Atual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/direito-civil-atual-seguros-privados-cobrem-eventos-associados-pandemias>. Acesso em: 23 abr. 2020.

*diferente, pois, ao que parece, uma ação como essa equivaleria a 50 bilhões de euros por interrupção da atividade dos segurados durante um mês e meio.*²

A multiplicidade de interesses legítimos contrapostos que permeiam a matéria não apenas recomenda, mas impõe um estudo pormenorizado. Para levar a cabo tal desiderato, o presente artigo dividir-se-á em alguns (sub)tópicos. Feita essa breve apresentação do problema, dar-se-á partida à investigação, no próximo item, pelo sentido e alcance da delimitação dos riscos pelo segurador (*infra*, 2) e, em particular, o tradicional afastamento de cobertura securitária de eventos associados a pandemias (*infra*, 2.1). Na sequência, examinar-se-ão os principais aspectos relacionados à interpretação das apólices de seguros (*infra*, 3), com destaque à necessidade de informação adequada a ser prestada pelo segurador, referente ao recorte do risco coberto, ao segurado (*infra*, 3.1) e ao controle de merecimento de tutela de cláusula de exclusão de eventos associados a pandemias, nos seguros de vida (*infra*, 3.2). Após menção a outras aparentes formas de exclusão indireta de eventos que se ligam a pandemias, em modalidades securitárias diversas (*infra*, 3.2), finalizar-se-á a pesquisa com algumas notas conclusivas (*infra*, 4).

O cerne deste estudo cinge-se a reflexões sobre os requisitos necessários e os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro à autonomia privada do segurador, máxime na delimitação dos riscos pelos quais contratualmente se obrigará. Embora sejam feitas considerações sobre algumas modalidades securitárias, privilegia-se o exame aos seguros de vida que, usualmente, contêm em suas apólices cláusulas expressas de exclusão da mencionada cobertura.

2. Predeterminação dos riscos e o conteúdo do dever de prestar do segurador

Nas relações de seguro, o risco se apresenta como uma potencialidade danosa, lícita e aleatória, que preexiste à contratação e ameaça um interesse legítimo – *relativo a pessoa ou a coisa* – do segurado³.

² MAYAUX, Luc. *Assurance et coronavirus: le drame des pertes sans dommage*. Disponível em: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/assurance-et-coronavirus-le-drame-des-pertes-sans-dommage/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

³ Sobre as diversas perspectivas – v.g., filosófica, econômica, cultural, técnica, antropológica, sociológica e jurídica – acerca do risco (LAMBERT-FAIVRE,

Após a contratação, o segurador passa a assumir as consequências econômicas da materialização do risco que aflige o segurado, já não o risco extracontratual, mas um risco contratualmente delimitado, na sua valoração pelo teto da importância segurada e, no mais, *n.g.*, de forma temporal, causal e espacial.

Frise-se: apesar do oceano de riscos a que todos os indivíduos estão sujeitos, a procura de transferência econômica, por meio do contrato de seguro, tem como resultado indelével o afunilamento da garantia deles; se o seguro, como já se asseverou, se trata do “antídoto do risco”⁴, a sua prescrição possui âmbito delimitado.

Esse processo de recorte do risco costuma ser feito por meio de cláusulas delimitativas, fixadas em duas camadas. Na primeira, qualificada como positiva, estipula-se o que será efetivamente coberto pela apólice; já na segunda, considerada negativa, estabelece-se o que não será coberto. Neste sentido, dispõe a redação do artigo 757 do Código Civil: *Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o recebimento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*

No que toca à segunda camada delimitativa dos riscos, que abrange as exceções à cobertura do segurador, lembra Maria Inês de Oliveira Martins:

*(...) contam-se não só situações que são puro recorte objectivo do risco coberto (v.g., num seguro que cubra o risco de necessidade de certos cuidados de saúde, a exclusão de estados patológicos causados por certas doenças), como [também] deveres de conduta cujo não acatamento paralisa o dever de prestar.*⁵

Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances*. Paris, 2011. p. 265 et seq.) e a presença de um elo comum entre elas: REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguros e Terceiros: estudos de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 68. Na doutrina brasileira, Paula Greco Bandeira faz um detalhado estudo sobre o termo, destacando que o legislador pátrio o utilizou como simples fórmula linguística, sem oferecer um significado preciso: BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 11. Em sentido convergente, na Itália: ALPA, Guido. Rischio. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XL. Milano: Giuffrè, 1989. p. 1145.

⁴ VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2009. p. 100.

⁵ Cf. MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados*

Portanto, além da limitação objetiva do risco, a violação de deveres de conduta poderá afastar a garantia do segurado. A título de ilustração, lembre-se de julgado do STJ, no âmbito do seguro de automóvel, em que se confirmou que, embora a colisão esteja, *a priori*, inserida na cobertura securitária, não será passível de indenização se, no evento gerador do sinistro, o segurado (ou um terceiro condutor) estiver disputando “um racha”⁶. O clássico instituto do agravamento do risco – pense-se, ainda no campo do seguro de automóvel, no segurado que passe a trabalhar como motorista de um aplicativo de transporte e, por isso, aumente a sua exposição ao risco – enseja um dever de comunicação ao segurador, sob pena de perda da garantia prevista no contrato (art. 768 e 769 do CC).

Será, na sequência, problematizado o alcance da delimitação do risco feita pelo segurador, com base na sua autonomia privada, em um contrato no qual o proponente segurado muitas vezes tem duas opções: aderir a condições preestabelecidas ou deixar de contratar. Desde logo, porém, insta destacar-se que, além do Código Civil, também o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que *as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*, acaba por legitimar a limitação da responsabilidade do fornecedor (art. 54, § 4º).

ao risco. Coimbra: Almedina, 2018. p. 33, que complementa: *Sempre que se cria um dever de não adoptar certa conduta apta a influenciar a probabilidade do sinistro ou seus efeitos, sob pena de o segurador não arcar com as consequências de tal conduta, está a retirar-se tais consequências do conteúdo do dever de prestar do segurador e, como tal, a subtrair da sua esfera a suportação do risco correspondente*”. Ibid. p. 33-34. *A autora desenvolve em suas obras a necessidade de que haja uma ponderação, com base no meta-princípio da proporcionalidade, na análise entre os “interesses do segurador em limitar o risco que recebe na sua esfera e o interesses do segurado em lograr efectiva segurança contra um risco que ameaça a sua esfera – o que implica que transfira uma parcela minimamente significativa das consequências desse risco para o segurador.* MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro, vigente e prospectivo.* São Paulo: Roncarati, 2019. p. 33 e ss.

⁶ Em rigor, o caso conjuga o recorte objetivo (não direção do veículo por um piloto com idade inferior a 26 anos) ao de conduta (inobservância, pelo segurado ou pessoa a ele vinculada, da lealdade contratualmente esperada – direção sem cometer o crime de “racha”), cf. STJ, 4ª Turma, REsp n. 1368766/RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 01 mar. 2016: *Nesse contexto, a participação em disputa automobilística configura hipótese de agravamento intencional do risco a ensejar a perda da cobertura securitária (art. 768 do CC/2002). [...] Na hipótese dos autos, a apólice securitária consigna expressamente que o veículo segurado não pode ser dirigido por pessoa(s)*

Sensíveis às principais características de funcionamento do mercado de seguros privados – (i) o *mutualismo (solidariedade)*, (ii) o *risco (e particularmente o seu dimensionamento)*, (iii) a *atividade empresarial do segurador* e (iv) o *equilíbrio econômico do contrato* –,⁷ algumas normas da SUSEP determinam a necessidade de constar na proposta de contratação que *a aceitação do seguro estará sujeita à análise do risco* (p. ex., o art. 2º, inc. I, da Circular SUSEP nº 256/2004, relativa ao seguro de dano, e o art. 96, inc. I, da Circular SUSEP nº 302/2005, referente ao seguro de pessoa para cobertura de risco) e, desde que justificada, permitem a recusa da proposta de seguro pelo segurador (art. 2º, § 4º, da Circular SUSEP nº 251/2004).⁸ Ora, por muito mais razão a delimitação do risco pelo segurador, salvo quando afaste expectativas legítimas dos segurados ou outros interesses merecedores de tutela privilegiada, deverá ser considerada admitida.

Em exemplo didático, a exigência de cobertura de morte natural, em seguro exclusivo de acidentes pessoais, desnaturaria o contrato. Por certo, caso houvesse reiteradas decisões judiciais que, à revelia da exclusão do risco de morte natural estipulada contratualmente, obrigassem o segurador a cumprir com o capital estipulado, o prêmio do seguro de acidentes pessoais subiria e prejudicaria os próprios consumidores. Lembre-se que nada impede a contratação de cobertura para a morte natural: basta que o segurado faça o seguro de vida entrelaçado com o de acidentes pessoais.

menor(es) de 26 (vinte e seis) anos na época de vigência do contrato. Assim, como à época do acidente, o terceiro responsável pela prática do 'racha' possuía 21 (vinte e um) anos de idade, houve a inobservância dos termos da apólice, razão pela qual não há falar em pagamento de indenização securitária.

⁷ FICHTNER, Priscila. *A boa-fé qualificada nos contratos de seguro*. 2008. p. 144. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

⁸ Consta, ainda, na Circular SUSEP nº 251/2004 (*que dispõe sobre a aceitação da proposta e sobre o início de vigência da cobertura, nos contratos de seguros*), a necessidade de comunicação formal da não aceitação da proposta pelo segurador, justificando, assim, a sua recusa. Se o segurador não entrar em contato com o proponente, o representante legal dele ou o corretor de seguros envolvido na proposta após um prazo de 15 dias, ela é considerada definitivamente aceita. Para um exame detalhado da precificação dos contratos de seguro com base no perfil de risco do candidato a segurado, seja consentido remeter-se a: JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

A jurisprudência pátria, no geral, tem reconhecido essa linha de raciocínio, conforme o afastamento da morte do segurado em decorrência de acidente vascular cerebral (AVC) não causado por efetivo acidente prévio à enfermidade, no âmbito da garantia contratual fornecida pelo seguro de acidentes pessoais que, *grosso modo*, abrange eventos que sejam externos, súbitos, involuntários, violentos e causem lesão física ou a morte do segurado.⁹

Entre os aspectos benéficos relacionados a essa possibilidade de delimitação dos riscos, salta aos olhos a diminuição no valor do prêmio e, conseqüentemente, a disponibilização mais ampla do seguro a pessoas eventualmente interessadas na contratação. Indo além, ela carrega, ainda, as vantagens de *viabilizar os cálculos atuariais, o equilíbrio contratual entre as partes e, por consequência, o lucro da atividade empresarial*¹⁰ do segurador.

A técnica mutualista inerente à operação de seguros e o equilíbrio contratual entre as partes demonstram, na matéria aqui versada, importâncias destacadas; senão, veja-se:

⁹ Nesse sentido, o STJ apreciou, em 2014, recurso especial interposto por beneficiários de um seguro de acidentes pessoais, em que se pretendia a inclusão da morte do segurado em decorrência de acidente vascular cerebral (AVC) no âmbito da garantia contratual fornecida pelo segurador. Nas duas instâncias inferiores, a ação havia sido julgada improcedente, uma vez que a causa da morte não se configurara como acidente, risco objeto do contrato, mas morte natural. Ao proferir voto, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva esclareceu que o evento gerador do sinistro tem significados diversos nos seguros de vida e nos seguros de acidentes pessoais, sendo, respectivamente, a morte do segurado e o acidente que resulta na morte. Mais: diferenciou os conceitos de morte acidental e morte natural, conforme a Resolução CNSP nº 117/2004, que, de maneira geral, exclui as doenças do conceito de acidente pessoal. Por fim, o ministro concluiu que, no caso concreto, o falecimento do segurado por AVC não configurava sinistro de riscos cobertos pelo contrato, pois não se tratava de acidente (evento de causa externa), mas de uma patologia (*fatores internos e de risco da saúde da própria pessoa que leva[ra]m à sua ocorrência*). Em suas palavras, nos seguros de acidentes pessoais, que, geralmente, cobrem morte acidental, invalidez permanente total ou parcial por acidente, assistência funeral e despesas médicas e hospitalares, *não há falar em obrigação da seguradora em indenizar o beneficiário quando a morte do segurado é decorrente de causa natural*, negando provimento ao recurso. STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.443.115-SP, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21 out. 2014.

¹⁰ RAZZA, Rodrigo Hanssen Madaleno. *Contrato de seguro: as excludentes de cobertura securitária*. Porto Alegre, 2012. p. 36. Disponível em: <http://www.pucrs.br>.

*O Plano Privado de Assistência à Saúde, tal qual os contratos de seguro, tem como principal pilar a pulverização de riscos decorrente do mutualismo, por meio da substituição de perdas incertas por um custo pré-determinado. Trata-se, assim, de compartilhamento de despesas, mediante a contribuição de todos para o benefício individual de cada um dos contribuintes. Em consequência, o desequilíbrio econômico-financeiro em um único contrato acarreta prejuízo a todos os demais. O princípio do mutualismo, portanto, fundamenta e norteia os contratos de planos de saúde e, de maneira geral, as relações securitárias. O respeito à cultura do mutualismo é indispensável ao desenvolvimento deste setor no Brasil.*¹¹

Não obstante possa parecer trivial a compreensão da necessidade de predeterminação dos riscos, a prática demonstra existir muita margem para controvérsias.¹² Inúmeras vezes a amplitude dos riscos cobertos por uma apólice de seguro pode gerar dúvidas, dadas i) a riqueza das especificidades de cada sinistro, que supera qualquer tentativa de delimitação prévia, ii) a amplitude de cláusulas gerais, como a força maior e o caso fortuito, que carecem de concretização do intérprete levando em conta as nuances da hipótese fática, e iii) o controle de merecimento de tutela de cláusulas dispostas unilateralmente pelos seguradores e que afastem expressamente a sua cobertura.

Sublinhe-se, a autonomia privada do segurador para a delimitar o risco alvo de cobertura não é ilimitada, conforme adverte Luíza Petersen:

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *O STJ e a benfazeja proteção do mutualismo*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo>. Acesso em: 30 abr. 2020. Em outra sede, o mesmo autor coloca o dedo na ferida: *De um lado, a vítima de um dano, vulnerável; de outro, imagina-se sempre alguém que não quer pagar a indenização. Ora, se você fosse juiz e imaginasse isso, a quem você daria razão? É preciso desconstituir esta visão individual e maniqueísta, em favor da compreensão do equilíbrio atuarial, do qual depende a razoabilidade dos preços dos prêmios praticados*. TEPEDINO, Gustavo. 10 anos do Código Civil: o que mudou. O que mudar. *Cadernos de Seguro*. Rio de Janeiro, nº 171, p. 11, mar/abr. 2012.

¹² *It is a fundamental rule of insurance law that the insurer is only liable for losses proximately caused by the peril covered by the policy. This rule is easily stated in general terms, but its application to particular facts has been hotly disputed*. LEGH-JONES, Nicholas (ed.). *MacGillivray on insurance law relating to all risks other than marine*. 11th ed. London: Thomson Reuters, 2008. p. 513.

[...] esse processo de predeterminação do risco não remete exclusivamente à autonomia das partes, observando normas imperativas, fixadas na lei ou pelo órgão regulador. Como um contrato de adesão cujo conteúdo se submete à supervisão estatal, o seguro deve observar uma série de normas administrativas que estabelecem verdadeiros modelos contratuais, com a previsão de cláusulas e coberturas obrigatórias. Igualmente, há uma série de normas na legislação civil e consumerista que limitam a autonomia das partes na atividade de predeterminação do risco, que vão desde a indicação expressa de riscos que devem e de riscos que não podem ser objeto de cobertura, até o controle da validade, da interpretação e da clareza e redação das cláusulas delimitativas do risco.¹³

Antes de se debruçar sobre a interpretação da delimitação dos riscos feita nas *apólices e condições gerais*, notadamente sobre o controle de merecimento de tutela acerca da cláusula de exclusão de risco, mister se faz melhor compreender o motivo pelo qual eventos associados a pandemias costumam ser contratualmente excluídos de cobertura pelos seguradores.

2.1. A tradicional (falta de) cobertura de eventos associados a pandemias

Apesar de não haver a proibição, tampouco uma obrigação legal de cobertura pelo segurador, é praxe no mercado a exclusão de riscos em caso de sinistros associados a epidemias e pandemias declaradas por órgão competente. Argumenta-se, nesse sentido, que, se assim não fosse, a estabilidade financeira e a capacidade de pagamento de reivindicações das seguradoras ficariam fortemente comprometidas, tendo em vista a grande concentração, no tempo e espaço, de sinistros com mensuração atuarial praticamente inalcançável.

¹³ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 106. Para a defesa de uma maior liberdade na elaboração dos clausulados de cobertura dos seguros, após a entrada em vigor da lei da liberdade econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), pelas seguradoras: POLIDO, Walter. *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: as novas regras se aplicam ao Mercado de Seguros regulado? Quando terão início as mudanças? O que esperar de 2020?* Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Colunistas/Walter-Polido/Declaração-de-Direitos-de-Liberdade-Econômica-as-novas-regras-se-aplicam-ao-Mercado-de-Seguros-regulado-Quando-terão-início-as-mudanças-O-que-esperar-de-2020.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Ao tratar da exclusão em tela, Bruno Miragem destaca: *seu fundamento legítimo é evitar que eventos cuja extensão imprevista supere de modo expressivo o cálculo do risco originalmente definido pela técnica atuarial, comprometa a solvência do segurador*.¹⁴

De fato, é complexa a inserção da cobertura de pandemia na lógica dos seguros: de um lado, o pagamento de prêmios, relativamente baixos, por muitos segurados; do outro, a efetiva cobertura pelo segurador de reivindicações, eventualmente elevadíssimas, de alguns segurados, ou seja, daqueles que vierem a sofrer um sinistro. Há de se ressaltar que indenizações famosas, como as referentes ao cancelamento do Grand Slam de tênis de Wimbledon e ao adiamento da Olimpíadas de Tóquio, demonstram existir a possibilidade de cobertura para riscos de epidemia e pandemia, desde que seja cobrado um valor de prêmio adequado (leia-se, elevado) dos segurados.¹⁵

Nesse ínterim, cabe ressaltar que a *pandemia* é, resumindo de forma simples, a última escala de propagação (mundial) de determinada doença contagiosa. Enquanto o *surto* acontece quando há um grande número de casos circunscritos a uma mesma região, a *epidemia* se concretiza quando várias regiões passam a ter esse elevado número de casos da mesma doença infecciosa. Já a *pandemia* ocorre quando uma epidemia se espalha por vários continentes. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS):

*Uma pandemia é a propagação mundial de uma doença. Uma pandemia de gripe ocorre quando um novo vírus da gripe emerge e se espalha pelo mundo e a maioria das pessoas não tem imunidade. [...] Tanto para a gripe sazonal como para a pandemia de gripe, o número total de pessoas que ficam gravemente doentes pode variar.*¹⁶

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 1015, p. 4, maio 2020.

¹⁵ A cobertura para riscos de difícil avaliação de incidência, repetição e magnitude substancial, como o aqui tratado risco pandêmico, faz com que os seguradores que têm capacidade para subscrevê-los (respaldados por seus resseguradores) cobrem valores muito altos pelo prêmio, o que naturalmente restringe a sua procura. Sobre os casos citados (*infra*, 3).

¹⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *What is a pandemic?* Disponível em: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/. Acesso em: 30 abr. 2020. Veja-se, ainda, sobre o ponto: A

Note-se, com efeito, que a exclusão de risco associado a *pandemia* não se trata propriamente de se afastar a cobertura de uma determinada doença, mas de uma *circunstância* particular:¹⁷ a de que uma doença infecciosa, quiçá alvo de cobertura em condições normais, se alastre universalmente, de forma acelerada e sem controle, em que os medicamentos conhecidos e disponíveis não surtem efeito, causando prejuízos variados e impossíveis de serem previamente estimados.

Parte da doutrina afirma que três argumentos militam em favor da validade da cláusula de exclusão de pandemia, i) só pode ser arguida e efetivada quando da declaração de pandemia por órgão competente; ii) incide sobre situações de baixa frequência; e iii) os prejuízos advindos são incalculáveis e de difícil previsão.¹⁸ Em uma alocação de riscos contratuais, em vez de o segurado pagar um prêmio mais alto para que fosse coberto também dos efeitos adversos de uma pandemia, ele tomaria para si esse risco.

Por outro lado, não se pode perder de vista que, não raro, o segurado não se atenta ou não é devidamente informado acerca dessa exclusão de cobertura (cf. *infra*, 3.1), sendo que muitas vezes sequer tem a opção de escolher contratar um seguro de vida (ou outra modalidade) que abarque a referida cobertura (cf. *infra*, 3.2).¹⁹

definição epidemiológica clássica de pandemia. 1. Uma pandemia é definida como 'uma epidemia que ocorre a nível mundial ou numa área muito vasta, atravessando fronteiras internacionais e que atinge geralmente muitas pessoas'. 2. A definição clássica não inclui nada sobre a imunidade da população, a virologia ou a gravidade da doença. KELLY, Heath. The classical definition of a pandemic is not elusive. Disponível em: <http://www9.who.int/bulletin/volumes/89/7/11-088815/en/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹⁷ Na visão de Ernesto Tzirulnik: *no plano dos contratos de seguro, não existe um 'risco de pandemia ou epidemia'. Se eu morro por causa de uma doença, a causa do sinistro, o risco, é a possibilidade de morrer por essa doença, e não o fato de essa doença vir a ocorrer com maior frequência ou numa amplitude territorial ampla. A pandemia é uma circunstância, uma condição, e não propriamente uma causa. Se a pandemia for de hepatite, a causa da morte poderá ser a hepatite, nunca a sua ocorrência em condição endêmica ou pandêmica.* TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o coronavírus e os seguros privados*. p. 19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/covid19-seguros.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

¹⁸ MAYAUX, Luc. *Assurance et coronavirus: le drame des pertes sans dommage*. *Op. cit.*

¹⁹ Advirta-se, sob outra perspectiva, que estão sendo tratados nessas linhas seguros facultativos, em que não existe obrigação do segurado de contratar e, em o fazendo, pode optar entre um grande número de seguradoras.

Tudo isso a mostrar a complexidade do tema e a necessidade de se compreender o motivo pelo qual o segurador costuma afastar da sua esfera de risco eventos associados a *pandemias*. Socorrendo-se, uma vez mais, da doutrina especializada:

*[...] em regra, afasta-se do âmbito de segurabilidade os sinistros com efeitos catastróficos (e.g. guerra, terremoto, terrorismo), capazes de afetar um grande número de pessoas ao mesmo tempo. Esses eventos, por serem capazes de atingir o grupo de segurados ao mesmo tempo, não atendem ao requisito da dispersão. Ademais, em regra, escapam à previsão estatística em razão de sua alta severidade e baixa regularidade, levando o segurador a elevar o prêmio em caso de cobertura.*²⁰

Como mensurarem-se as possíveis perdas oriundas de uma pandemia? Como controlar a taxa de sinistralidade da carteira de clientes em momentos tão atípicos? Seria possível predeterminarem-se, minimamente, riscos tão incertos? Visando-se ultrapassar tais dificuldades, é usual, como se disse, constar nas apólices de seguros a exclusão de riscos de pandemia e outros (*v.g.*, guerras e terremotos) que teriam impactos devastadores no grupo segurado e na sociedade.

Em termos normativos, urge reconhecer-se que, a princípio, é permitida a exclusão da cobertura de *pandemia* pelos dispositivos normativos e medidas administrativas da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Ao regular os planos de *microseguro de pessoas*, o art. 12, inc. I, alínea d), da Circular SUSEP nº 440, de 27 de junho de 2012, por exemplo, autoriza, de modo expresso, a exclusão de riscos causados por *epidemia ou pandemia declarada por órgão competente*. No que toca ao *seguro de pessoas*, os principais atos normativos são omissos; o item 69 da designada “Lista de verificação” (versão de setembro/2012), que traz requisitos para o envio de novos planos de seguro de pessoas à SUSEP (em busca da aprovação de sua comercialização), aponta, todavia, o seguinte: *Riscos excluídos – Epidemias e Pandemias (Orientação da Procuradoria Federal junto à SUSEP)*. Caso a sociedade seguradora queira excluir a morte do segurado decorrente de epidemias ou *pandemias*, deverá redigir: *epidemias e pandemias declaradas por órgão competente*.²¹

²⁰ PETERSEN, Luíza Moreira. *Op. cit.* p. 117. (Destacou-se). Confira-se, ainda: ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 253-254.

²¹ Para a defesa de que a lei da liberdade econômica teria afastado a mencionada “lista de verificação”, confira-se: POLIDO, Walter. *Coronavírus e o contrato de seguro*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD,

Portanto, em condições normais, o segurador vinha possuindo respaldo da SUSEP para que a delimitação do seu risco contratual não agasalhasse eventos associados a epidemias e *pandemias*, observado o requisito de declaração de tal condição por órgão competente. Seria tal amparo, porém, suficiente? Dito de outra forma: o segurador poderá escudar-se do pagamento de indenizações associadas à pandemia da Covid-19 com base em cláusula de exclusão de riscos imposta ao segurado em contrato por adesão? E as apólices e condições gerais, no ramo empresarial, que não possuem tal exclusão, mas que restringem a cobertura aos prejuízos oriundos de danos físicos ou que afastam a prestação indenizatória do segurador em virtude de caso fortuito ou força maior? Como interpretá-las à luz do sistema jurídico brasileiro?

3. Interpretando a delimitação dos riscos

Como nunca havia sido posta à prova no Brasil, praticamente inexistiu discussão jurídica sobre a efetiva validade da exclusão – à luz dos preceitos do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da legalidade constitucional – de eventos associados a *pandemias*, imposta pelo segurador. Há nítida tendência de que, nos próximos meses, o assunto ganhe protagonismo no setor segurador e no Judiciário. Conforme espirituosa afirmação de Luc Mayaux: *Enquanto o coronavírus coloca a França em quarentena, advogados se isolam para trabalhar no assunto*.²²

Abre-se, aqui, um breve parêntese para dar-se um panorama acerca dos desdobramentos, no tema sob análise, ocorridos após a declaração de pandemia, em 11 de março do corrente ano, pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Desde logo, ressalte-se que, salvo melhor juízo, as autoridades brasileiras talvez pudessem contribuir mais para o alcance de solução menos belicosa do que a que parece se avizinhar, bem como para o enfrentamento de situações semelhantes no futuro.

Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020. Apontando que o “órgão competente” para a declaração de pandemia seria a Organização Mundial de Saúde: CARLINI, Angélica. *Pandemia de coronavírus e contratos de seguro: algumas reflexões preliminares*. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324161/pandemia-de-coronavirus-e-contratos-de-seguro-algumas-reflexoes-preliminares>. Acesso em: 01 maio 2020.

²² MAYAUX, Luc. *Coronavirus et assurance*. La semaine juridique - Edition générale, n° 11, 16 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2020/03/LIP-MAYAUX.pdf>. (Tradução livre). Em grande medida, a afirmação pode ser transposta ao Brasil.

Diferentemente do que ocorreu, por exemplo, em terras lusitanas, com manifestações da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e da Associação de Seguradores Portugueses, até o momento a SUSEP e a CNseg não se pronunciaram de forma clara sobre o tema da cobertura de sinistros relacionados à Covid-19.²³ Em termos de proposições para se permitir a cobertura de eventos associados a pandemias no futuro, por exemplo, mediante parcerias público-privadas, conforme vem se cogitando nos Estados Unidos da América e na França, muito pouco se tem discutido no Brasil.²⁴

Por outro lado, quase na mesma velocidade da expansão do vírus, surgiu proposta legislativa que visa obrigar as seguradoras a garantir as mortes causadas por epidemias e *pandemias*, tal qual a Covid-19, nos seguros de vida. O Projeto de Lei nº 890/2020, nessa linha, se aprovado, incluiria o artigo “798-A” no Código Civil. Eis os termos de sua redação: *O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da infecção por epidemias ou pandemias, ainda que declaradas por órgão competente.*

Sem que se possa aprofundar o estudo acerca da plausibilidade de eventual aprovação de afogadilho desse projeto de lei,²⁵ cumpre fechar o parêntese, realçando-se a imperiosidade de que as propostas

²³ Conforme, respectivamente: ASF. *Alertas ao consumidor – Covid-19*. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/>. Acesso em: 10 abr. 2020; ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE SEGURADORES. *Coronavírus: posição do Setor Segurador*. Disponível em: <https://www.apseguradores.pt/pt/>. Acesso em: 10 abr. 2020, em que se pode ler: *No que respeita aos seguros de Vida a generalidade dos contratos de seguro não tem qualquer exclusão das coberturas contratadas por efeito da declaração de epidemia/pandemia*. Apontando a identificação de tendências e o compartilhamento das melhores práticas entre os seus associados: INSURANCE EUROPE. *Covid-19 (coronavirus)*. Disponível em: <https://insuranceeurope.eu/covid-19-coronavirus>. Acesso em: 10 abr. 2020. No Brasil, confira-se a *Conjuntura CNseg*, números 18 e 19 (disponíveis em: <http://cnseg.org.br>), que traçam um panorama da situação, embora não se comprometendo com a tomada de posição. Sem que se possa aprofundar o debate, registre-se que, no âmbito da saúde suplementar, a ANS adotou, no dia 12 de março, resolução normativa que torna obrigatória a cobertura de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus 2019, desde que o beneficiário se enquadre na definição de caso suspeito ou provável da doença (cf. Resolução Normativa nº 453).

²⁴ Cf., *infra*, 4.

²⁵ No que toca à mania legiferante após casos de grande repercussão social, *ao menos no campo estrito do direito privado, não parece conveniente a edição de leis de afogadilho*,

legislativas nacionais estejam atentas ao que os outros países estão fazendo nesta seara e, ainda, que haja um estudo de impacto regulatório apto a dar um melhor suporte para a decisão sobre o caminho a se trilhar.

Enquanto isso não ocorre, cabe examinar – tal como se encontra o ordenamento jurídico na atualidade – se o segurador estaria obrigado a prestar com o capital estipulado no seguro de vida na eventualidade de o segurado vir a óbito pela Covid-19.²⁶

Para que se examine a cobertura do segurador, o intérprete deverá atentar-se às particularidades de cada hipótese fática.²⁷ Sem embargo, pode-se, *grosso modo*, dividir a problemática em dois quadrantes: i) hipótese na qual haja específica exclusão de cobertura de eventos

fomentadas pela incerteza e pela ansiedade generalizadas causadas pela pandemia. NUNES, Eduardo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 12 abr. 2020. Em sentido convergente, atesta Ana Frazão: *é importante advertir que a intervenção do legislador, em situações de crise, deve ser pontual, provisória e ocorrer apenas quando o sistema jurídico efetivamente não dispõe das devidas soluções para o problema. Os riscos de legislações aprovadas em regime de urgência ou no afogadilho, sem as devidas reflexões ou mesmo as necessárias análises de impacto, não são desprezíveis.* FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-19042020>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²⁶ A discussão, na verdade, abrange aspectos muito mais amplos do que os relacionados ao seguro de vida. Existem diversos seguros que serão impactados por eventos associados à pandemia da Covid-19. Caso se mantenham a estimativa – relativamente baixa – de letalidade da doença e o distanciamento social (com considerável paralisação da economia) por um período duradouro, é bem provável que riscos relacionados ao inadimplemento de obrigações e danos patrimoniais (*ng.*, lucros cessantes ocasionados pela interrupção da produção nas indústrias ou o cancelamento de eventos) despertem disputas jurídicas com montas significativamente mais elevadas do que as relacionadas aos gastos de saúde dos segurados/consumidores. Entre os diversos seguros afetados, destaquem-se os de: i) vida; ii) saúde; iii) viagem; iv) prestamista; v) garantia; vi) educacional; vii) D&O e vii) riscos operacionais. Optou-se, porém, por se dar destaque ao seguro de vida.

²⁷ Ressaltando a necessidade de análise individualizada das relações contratuais: SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andar: coronavírus e contratos* – Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa

associados a pandemias e ii) hipótese na qual, embora inexista uma exclusão explícita, outros elementos poderiam indicar a ausência de cobertura (por exemplo, mediante a exigência de que as perdas sejam diretamente oriundas de danos físicos).²⁸

No próximo tópico, será enfrentado o dever de informação do segurador relativo à delimitação do risco alvo de garantia. Qualquer estudo da matéria deve ressaltar que o legítimo – e até mesmo essencial – recorte do risco feito pelo segurador só terá efeito caso o segurado tenha sido devidamente comunicado dos limites da sua cobertura. Outras ressalvas são igualmente imprescindíveis, conforme o voo de pássaro a seguir.

O instrumento no qual será estampada a amplitude da cobertura do segurado, a apólice de seguro, deve ser redigida, pelo segurador, de forma clara e compreensível.²⁹ Nesse ínterim, a interpretação das cláusulas ambíguas deve ser *contra proferentem*, isto é, na dúvida, em

ou revisional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais>. Acesso em: 10 abr. 2020: *Não se pode classificar acontecimentos – nem aqueles gravíssimos, como uma pandemia – de forma teórica e genérica para, de uma tacada só, declarar que, pronto, de agora em diante, todos os contratos podem ser extintos ou devem ser revistos.*

²⁸ Embora sejam feitas algumas notas sobre essa segunda hipótese, em particular no âmbito do seguro de riscos operacionais, o objeto deste estudo é o seguro de vida – que, geralmente, se encaixa na primeira hipótese. Há, em alguns seguros, expressa garantia de eventos associados a pandemias. Por se configurar a minoria dos casos e não ensejar dúvidas, a presente abordagem deixou-os de fora. Anote-se, entretanto, que, tanto o adiamento das Olimpíadas de Tóquio quanto o cancelamento do torneio de tênis de Wimbledon, no corrente ano, eram cobertos por apólices de seguros para eventos. Sobre as vultuosas cifras envolvidas nesses contratos, confira-se: HAY, Laura. *Do insurers have COVID-19 covered?* Disponível em: <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/do-insurers-have-covid-19-covered.html>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁹ Confira-se o artigo 760 do CC. Sobre a redação da apólice de seguro, v. MALEVILLE, Marie-Hélène. *Polices d'assurance: les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction. Revue générale du droit de assurances*, n. 3, p. 505-520, L.G.D.J. 2009. A autora faz esclarecedora análise das “patologias”, de forma e conteúdo, presentes nas apólices de seguros francesas, devendo essas, a princípio, ser devidamente interpretadas e, num segundo momento, censuradas pelos julgadores. Em outro estudo, a própria Marie-Hélène Maleville critica a generalidade – e obscuridade – na exclusão de risco presente em alguns contratos e, ainda, a demasiada utilização de termos excessivamente técnicos pelas seguradoras. Cf.: *Id.* Le langage des contrats d'assurance: perspectives d'évolution. *Revue générale du*

favor do segurado,³⁰ e, além disso, a apólice sempre será interpretada conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113 do CC). Mestre do seu ofício, o segurador é capaz de aprender na prática e adaptar as cláusulas de delimitação dos riscos aos novos contratantes. Se, ainda assim, mantiver cláusulas ambíguas ou contraditórias, na dúvida, elas naturalmente serão interpretadas de forma mais favorável ao segurado aderente (art. 47 do CDC e, nas relações civis, art. 423 do CC).

A doutrina e a jurisprudência costumam defender que a interpretação da obrigação do segurador deve ser feita de forma restritiva (art. 757 do CC)³¹. Tal afirmação, contudo, deve ser acompanhada pela busca de fixação de parâmetros interpretativos, pois, mesmo que determinada cláusula de exclusão aponte claramente em direção a um sentido, sempre haverá margem para interpretação.

Bem vistas as coisas, a melhor doutrina há tempos alerta: aos elementos clássicos da interpretação (“gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático”), somam-se os elementos “axiológico, finalista e funcional”, que devem ser cotejados de forma rigorosa e fundamentada.³² Ainda que haja cláusula expressa de exclusão de riscos, por exemplo, de riscos relacionados a gravidez, parto ou aborto e suas consequências, nos seguros de vida e acidentes pessoais, ela não

droit de assurances, Paris, n. 3, p. 733-745, L.G.D.J. 1994. Na doutrina portuguesa, confira-se: REGO, Margarida Lima. *O contrato e a apólice de seguro*. In: REGO, Margarida Lima (coord.) *Temas de Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 25-37 (apontando ao menos duas funções das apólices: informação sobre os cânones do contrato e a facilitação de sua execução).

³⁰ BIRDS, John; HIRD, Norma J. *Birds' Modern Insurance Law*. 3rd. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. p. 218-220.

³¹ STJ, 4ª Turma, AgInt in AREsp n. 1.096.881/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 15 mar. 2018.

³² Sobre o tema, ensina Judith Martins-Costa: *Não que os chamados ‘elementos’ da interpretação (gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático) sejam de ora em diante desprezíveis. Pelo contrário, são regras técnicas e pautas argumentativas que funcionam como poderosas ferramentas para o intérprete, sendo – conjuntamente com os ‘elementos’ axiológico, finalista e funcional – verdadeiramente imprescindíveis para que a atividade hermenêutica não resvale para um perigosamente incontrolável subjetivismo, para um voluntarismo judicial em tudo oposto aos postulados da Democracia*. MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, vol. 31, p. 148, 2006.

necessariamente será válida – conforme análise de julgado do STJ, feita no tópico 3.2, *infra*, que trata desse ponto.³³

Por ora, é imperioso sublinhar-se que diversas especificidades influenciarão a interpretação dos contratos de seguro; por exemplo, o ramo (dano/pessoa), a modalidade (individual/coletiva), a duração da relação (curta/longa), a forma de contratação (adesiva ou não), a qualificação do segurado (consumidor/não), a compulsoriedade ou não do seguro (facultativo/obrigatório), bem como as noções de mutualismo e boa-fé que permeiam essa modalidade contratual.

Sem que se possa aprofundar a análise de tais elementos, passa-se a enfrentar outro aspecto fundamental no tema sob análise, que é o dever de informação do segurador acerca das exclusões de cobertura.

3.1. Dever de informação do segurador

Nos últimos anos, tem-se revelado de especial importância o dever de informação por parte do segurador nas fases preparativas e no momento de formação do contrato. Uma série de fatores converge para tal caminho.

De partida, não se pode olvidar que grande fatia dos seguros é realizada com consumidores (nos moldes do art. 2º do CDC), vulneráveis por natureza, e muito comumente desconhecedores das opções do mercado e das melhores formas de negociação e contratação. Na realidade, conceitos básicos do seguro, como prêmio, franquia, apólice, sinistro, risco segurável, entre outros, são frequentemente ignorados por aqueles que pretendem fazer um seguro.

Atentos a esses pontos, notam-se, no direito comparado, países instituindo rigoroso dever de informação aos seguradores, chegando alguns a consagrar mesmo um dever de esclarecimento/aconselhamento.³⁴ Nestes quadrantes, não basta ao segurador informar (por exemplo, exclusões e limitações de cobertura, valor total

³³ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.635.238-SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 11 dez. 2018, p. DJe 13 dez. 2018.

³⁴ Cf. BASEDOW, Jürgen et al. *Principles of European Insurance Contract Law*. Munich: Sellier, 2009. p. 96 e ss. Vejam-se, a título de exemplo, o art. 22 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro português, instituído pelo Decreto Lei n.º 72/2008, e o § 6º da *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG), que entrou em vigor em 2008, na Alemanha.

do prêmio, duração do contrato). Deve ele, outrossim, esclarecer as dúvidas e aconselhar o tomador acerca de qual modalidade de seguro, entre as que ofereça, é a mais recomendada para a garantia específica pretendida.

No âmbito nacional, apesar do silêncio eloquente do Código Civil, que se restringe a tratar da declaração inicial do risco do candidato a segurado (art. 766), o Código de Defesa do Consumidor entrona, no seu art. 6º, inc. III, o direito básico do consumidor (*in casu*, do segurado) à informação adequada e clara sobre os serviços, com especificação correta, entre outras, das características, qualidade e preço. Tal vinculação, presente, inclusive, na fase da oferta (art. 31 do CDC), caso não seja cumprida satisfatoriamente, poderá gerar o direito de resolução do contrato ao consumidor (art. 46 do CDC). Ademais, sendo o contrato feito por meio de adesão, o CDC estipula, também, o dever de destaque por parte do fornecedor (segurador), permitindo a simples e direta compreensão das cláusulas que implicarem limitação de direito ao consumidor aderente (art. 54, § 4).

Questão diversa, apesar de com essa intrinsecamente relacionada, é a de que mesmo a relação que não se configure como de consumo será marcada por uma vinculação pré-contratual de informação do segurador. Esta emergirá do princípio da boa-fé objetiva (art. 422 e 765 do CC), que, como se sabe, cria múltiplos deveres acessórios: sendo o de informar um dos mais festejados.³⁵ Todavia, o espaço de manobra do dever epígrafado, independentemente do seu campo de atuação, é de complexa delimitação.

Se não há dúvidas, por exemplo, de que impõem ao segurador fazer o recorte preciso do âmbito da cobertura do risco e os termos dos contratos, destacando as cláusulas de exclusão de sua responsabilidade, bem como informar as particularidades do contrato, o modo, a amplitude e as consequências do seu inadimplemento ainda se encontram em fase de desenvolvimento no país. Especial inquietação paira sobre a ocorrência ou não, a despeito de expressa menção legislativa, de um dever de esclarecimento ou até mesmo de aconselhamento por parte do segurador no cenário nacional.

³⁵ Na ecoada lição de Teresa Negreiros: *o mais típico dever acessório derivado do princípio da boa-fé é o dever de informar*. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 238.

Algumas decisões pioneiras têm rascunhado um tal dever, conforme esses dois julgados parcialmente transcritos a seguir:

*[...] a cláusula argüida, que exclui, dentre outras, a cobertura securitária de doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória, tal como a AIDS, sonega ao leigo, decerto, o conhecimento suficiente, a propósito do alcance da exclusão.*³⁶

*[...] a remissão a conceitos e artigos do Código Penal contida na referida cláusula contratual não materializa informação suficientemente clara à compreensão do homem médio, incapaz de distinguir entre o crime de roubo e o delito de extorsão, tal qual é o consumidor.*³⁷

Dessa forma, tendo em linha de conta a vulnerabilidade, em especial, técnica do segurado/consumidor, deve o segurador desnudar, minimamente, as características das doenças – nos seguros de pessoas – e dos tipos penais – nos seguros de danos –, quando for excluí-los da cobertura. Conforme expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor, a referida cláusula de exclusão deve ser redigida em destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, §4º).

Em outro importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se pela insuficiência de disponibilização das cláusulas de exclusão de risco no site da seguradora, uma vez que, de modo contrário, “além de ferir o dever de informação”, transferir-se-ia ao segurado *ônus que é típico das empresas seguradoras, como decorrência do próprio exercício de sua atividade*. Colhe-se, ainda, da referida decisão, que *não poderá a seguradora se eximir do pagamento da indenização, com base nas cláusulas nele previstas, mas das quais o segurado não teve ciência no momento da contratação*.³⁸

³⁶ STJ, 4ª Turma, REsp n. 550501/SP, Min. Rel. Hélio Barbosa, p. 21, maio 2007.

³⁷ STJ, 4ª Turma, REsp n. 1106827/SP, Min. Rel. Marco Buzzi, pub. 23 out. 2012. Em semelhante tom, afastando, por carência de informação adequada, a cobertura apenas de roubo ou furto qualificado, e não de furto simples (STJ, 4ª Turma, REsp n. 814060/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, p. 13 abr. 2010). Confira-se, em sede doutrinal: KHOURI, Paulo Roque. *O direito à informação e o contrato de seguro*. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139.

³⁸ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.660.164-SP, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 17 out. 2017. No magistério de Ilan Goldberg: *as restrições deverão ser apresentadas com destaque (realces, negritos, fonte de redação distinta), tudo com o propósito de propiciar*

Ainda que haja a específica exclusão do risco e o devido cumprimento do dever de informação pelo segurador, nem sempre ela prevalecerá. Imaginando-se que, tempos atrás, o segurador tivesse informado detalhadamente, no momento da contratação, o que seria pandemia e que, se declarada por órgão competente, eventos associados a ela não estariam cobertos no seguro de vida, ele estaria livre para não prestar o capital segurado ao beneficiário, em sinistro decorrente de falecimento, na sequência de uma infecção pela Covid-19, do segurado? O controle de merecimento de tutela da cláusula de exclusão de risco em jogo principiará a seguir.

3.2. Específica exclusão de eventos associados a pandemias: o exemplo do seguro de vida

No âmbito do seguro de vida, a exclusão de eventos associados a pandemias está expressamente prevista na maioria dos contratos. Confira-se, nesse sentido, como se encontra disposta a referida cláusula de exclusão de uma seguradora nacional:

*Riscos excluídos. Estão expressamente excluídos de todas as coberturas deste seguro, os eventos relacionados a ou ocorridos em consequência, direta ou indireta, de: [...] G) Epidemias e pandemias declaradas por órgão competente, incluindo (mas não se limitando a) gripe aviária, febre aftosa, malária, dengue, meningite, dentre outras.*³⁹

a melhor compreensão possível por parte dos contratantes. Dificuldades interpretativas e falta de transparência podem transformar uma delimitação de risco justa, plausível do ponto de vista técnico, em cláusula abusiva, nula de pleno direito, a teor do disposto no art. 51, caput, da Lei 8.078/1990. GOLDBERG, Ilan. Reflexões a respeito do contrato de seguro. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de direito empresarial, Volume IV: contratos mercantis, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

³⁹ A cláusula em questão possui clareza meridiana. Sem embargo, da sua leitura emergem algumas questões problemáticas, como a amplitude de sua redação – *eventos relacionados a ou ocorridos em consequência, direta ou indireta, de pandemias*. Por exemplo: o fato de todos os leitos de UTI do hospital no qual o segurado, que sofreu um enfarte e tenha tentado se tratar, estivessem ocupados por pacientes infectados pelo novo coronavírus e, por isso, ele viesse a óbito, poderia ser suficiente para afastar o direito ao capital estipulado pelo beneficiário? Ainda que, à primeira vista, o sinistro em questão esteja indiretamente relacionado à pandemia, a toda evidência a resposta a essa pergunta seria: não. Aspectos relacionados ao *nexo de causalidade* irão despertar muitas controvérsias; todavia, eles ultrapassam o horizonte deste estudo.

Na ausência de cláusula de exclusão de risco nesse estilo, em regra o segurador não poderá alegar caso fortuito ou força maior (art. 393 do CC), tampouco qualquer outro argumento para afastar a prestação da importância segurada ao beneficiário. Ora, é da natureza do seu negócio justamente cobrir riscos. Para sequer se cogitar o afastamento de sua obrigação, no âmbito do seguro de vida, o segurador teria de, prévia e expressamente, excluir a cobertura de eventos associados a *pandemias* – uma vez que as doenças que dão origem a *pandemias* são cobertas (ou variantes das cobertas) por essa modalidade contratual.

Por outro lado, salvo hipótese de a própria seguradora se dispor a indenizar no limite da importância segurada – como foi a opção de praticamente todas as seguradoras de vida na presente pandemia de Covid-19 –,⁴⁰ para que se obrigue o segurador, dever-se-á constatar que ele não cumpriu com o seu dever de informação sobre a exclusão ou que a referida cláusula não é, em um determinado contexto histórico-cultural, merecedora de tutela, *v.g.*, por ser considerada uma cláusula abusiva.

O enunciado 370 do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006), assevera que nos “contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal”. Significa isso dizer que, segundo o enunciado, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), a boa-fé objetiva (art. 422 do CC), a função social do contrato (art. 421 do CC) e a impossibilidade de “renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” (art. 424 do CC) seriam elementos fundamentais para a interpretação de delimitação do risco feita na apólice.

⁴⁰ A ampla maioria das seguradoras que atuam no país assumiram o compromisso público de cobrir a morte de segurados ocasionadas pelo novo coronavírus. Tal medida vai ao encontro de apelo feito pela Federação Nacional dos Corretores de Seguros Privados (Fenacor), em comunicado à sociedade e à imprensa, no qual clama às seguradoras, particularmente àquelas que atuam na área de *proteção da vida e da saúde das pessoas, que não se socorram de quaisquer cláusulas de exclusão ou restritivas de direitos relacionadas às epidemias ou pandemias, permitindo, assim, a ampla cobertura para eventuais casos de sinistros*. FENACOR. *Comunicado à sociedade e à imprensa*. Disponível em: <https://www.fenacor.org.br/noticias/comunicado-a-sociedade-e-a-imprensa>. Acesso em: 20 maio 2020.

Entre as normas específicas das relações securitárias, teriam relevo, ainda segundo o enunciado 370 do CJF, os termos da proposta, que vinculariam o segurador, independentemente do que viesse a constar na apólice emitida após a contratação (art. 759 do CC), e a expressa proibição de não cobertura de alguns eventos, plasmada no art. 799 do CC. Pela importância desse último no tema sob análise, convém transcrevê-lo:

O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem.

Com efeito, o próprio legislador, ao disciplinar os seguros de pessoa, vedou a exclusão de cobertura pelos referidos motivos (repise-se, o uso de transporte mais arriscado, a prestação de serviço militar, a prática de esporte ou atos de humanidade em auxílio de outrem). Em uma ponderação abstrata, prevaleceu o entendimento de que eventual acréscimo de risco causado por essas atividades deveria ser suportado pela seguradora (caso se prefira, redistribuído à comunidade de segurados). A limitação à autonomia privada se mostra incontestada diante da ressalva de que, mesmo que na *apólice conste a restrição*, o segurador, nesses casos, *não pode eximir-se ao pagamento do seguro*. Por certo, o referido rol é meramente exemplificativo, havendo outras causas que também não podem ser excluídas de cobertura.⁴¹

⁴¹ O parágrafo único do art. 771 do CC, por exemplo, dispõe que as despesas de salvamento consequente ao sinistro correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, ou seja, não podem ser excluídas contratualmente. No polo extremo, o art. 798 do CC refere-se a exemplo de controle prévio feito pelo legislador para afastar a possibilidade de cobertura de sinistro ocorrido por suicídio do segurado nos primeiros dois anos de vigência do seguro de vida. O comando, ainda que analisado conjuntamente ao art. 797 do CC – o qual permite a estipulação de prazo de carência no seguro de vida –, não impediu acesas batalhas, dogmática e jurisprudencial. Confira-se, sobre o tema, a Súmula 610 do STJ e sua análise feita em: JUNQUEIRA, Thiago. *O debate em torno do suicídio do segurado na experiência brasileira*. VII Fórum de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 562-595. Registre-se, ademais, que o art. 762 do CC qualifica como nulo o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, mais uma vez mitigando a autonomia privada das partes.

Especialmente pela disparidade que caracteriza a relação do segurado (consumidor/aderente) frente ao segurador, embora aceita, em abstrato, o espaço de manobra do segurador para a *modulação da cobertura* é restrito e enseja controvérsias. A literatura aponta que o segurador não pode restringir a sua obrigação de tal modo que o objeto do contrato fique esvaziado. Pense-se, à guisa de ilustração, que, em um seguro de incêndio, o segurador determinasse que estariam “excluídas do âmbito de cobertura as usuais causas de incêndio (curto-circuito, raio, rebentamento de bombas e foguetes etc.)”⁴². A doutrina repele essa possibilidade, uma vez que o seguro precisa ter utilidade ou, dito de forma mais técnica, as expectativas legítimas do segurado devem ser respeitadas.

O problema é delimitar quais seriam essas “expectativas legítimas” do segurado, quando a alocação original do risco no contrato – em regra estipulada pelo segurador e aderida pelo segurado – deveria ser rigorosamente cumprida e quando poderia ser mitigada.⁴³ Há, neste ponto, dois julgados interessantes do Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro é uma ação civil pública ajuizada pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor em face de conhecida seguradora, em que se pleiteou o reconhecimento e declaração de abusividade de cláusulas de contrato padrão de seguro de vida e acidentes pessoais que excluía a cobertura de alguns riscos. Em seu voto, a ministra relatora, Nancy Andrighi, expôs que: i) conforme o artigo 757 do CC, a seguradora, por meio do contrato, compromete-se a “garantir o interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados”, abrangendo, nesse particular, a “expectativa legítima” do segurado; ii) o contrato de seguro, nos termos do artigo 765 do CC, constitui-se a partir da boa-fé das partes, que deve ser bilateral; iii) ao segurador, a boa-fé objetiva estabelece a obrigação de informar ao (candidato a) segurado, de maneira precisa e transparente, acerca dos limites da cobertura da contratação na fase pré-contratual e, igualmente, de não se evadir de responsabilidades relacionadas à cobertura contratual.

⁴² MARTINEZ, Pedro Romano. *Conteúdo do contrato de seguro e interpretação das respectivas cláusulas*. In: MARTINS, Manuel da Costa; MOREIRA, António. *II Congresso Nacional do Direito dos Seguros*. Canelas: Almedina: 2001. p. 63.

⁴³ A propósito, confira-se o art. 421-A do CC: *Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...] II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada*

Segundo se decidiu, incorporar cláusulas ao contrato padrão de seguro de vida e acidentes pessoais que visem excluir riscos – no caso, i) gravidez, parto ou aborto e suas consequências; ii) perturbações e intoxicações alimentares de qualquer espécie; e iii) todas as intercorrências ou complicações consequentes da realização de exames, tratamentos clínicos ou cirúrgicos, quando não decorrentes de acidente coberto – que comportem hipóteses de legítimo interesse do segurado, por sua abstração e generalidade, constitui desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, inc. IV, do CDC). E, por lhe confiscarem *justamente o conteúdo para o qual se dispôs ao pagamento do prêmio*, são abusivas.⁴⁴

Com base no mesmo art. 51, inc. IV, do CDC, que, recorde-se, atesta serem nulas as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, o STJ decidiu pela abusividade de cláusula contratual, no âmbito do seguro de vida, que ocasiona a perda de cobertura na hipótese de o segurado se envolver em acidente automobilístico após fazer uso de substâncias que alteram suas condições físicas e psíquicas – como álcool, drogas, substâncias tóxicas ou entorpecentes.⁴⁵

Note-se que há uma diferença importante entre esses julgados. No primeiro, examina-se, essencialmente, a validade da *cláusula de exclusão de risco* e, no segundo, a validade de *cláusula de perda de direitos*. Nesse particular, observa a doutrina que:

[...] embora as cláusulas de exclusão e perda de direitos se assemelhem, constituindo hipóteses de delimitação negativa do risco, elas operam de modo distinto, não podendo ser confundidas. Na primeira, a cobertura é afastada de plano, desde o início da relação

e observada. No que concerne à alocação dos riscos nas relações securitárias, é de referência obrigatória a seguinte tese doutoral: GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 423 e ss.

⁴⁴ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.635.238-SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 11 dez. 2018, p. DJe 13 dez. 2018.

⁴⁵ Conforme o relator do leading case da matéria, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao segurador não há obrigação de que insira todos os riscos da mesma espécie na cobertura indenizável da apólice. Ele precisa ter liberdade para ofertar diferentes produtos, pois, do contrário, a sua necessária estabilidade poderia ser ameaçada. Todavia, afirma o ministro,

*contratual. Na segunda, há cobertura para o evento, porém, no curso da relação contratual o segurado vem a perder o direito em razão de determinado ato ou comportamento.*⁴⁶

Geralmente, a cláusula que abrange a *perda de direitos* envolve um efetivo comportamento do segurado, como o não pagamento do prêmio (art. 763 do CC), o agravamento intencional do risco (art. 768 do CC) e o não cumprimento de dever de informação pré-contratual (art. 766 do CC). No caso da pandemia, porém, é curioso notar-se que, embora seja *enquadrada entre as cláusulas de exclusão de riscos*, na prática, haveria algo semelhante a uma *perda de direito por uma circunstância na qual o segurado*, salvo haja desrespeitado injustificadamente o isolamento social (que, em tese, poderia ensejar a disciplina do art. 768 do CC), *não teve qualquer participação*. Antes da declaração da epidemia/pandemia, ninguém duvidaria, por exemplo, que o óbito do segurado decorrente da Covid-19 seria coberto pelo seguro de vida.

Pode-se, aqui, fazer um paralelo, com os devidos temperamentos, uma vez que tratam-se de ramos de seguro distintos, com a

existiriam restrições: as cláusulas de exclusão de riscos não poderiam ir de encontro a mandamentos legais, nem contrastar com a finalidade contratual. Diferentemente do que ocorre no seguro de dano, em que a comprovação do agravamento do risco pelo segurado enseja a perda da indenização, *porque há comprovação científica e estatística de que 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*, no seguro de vida, se houver ocorrência do sinistro – morte do segurado – e não houver má-fé por parte dele ou, ainda, não sendo caso de suicídio cometido durante o período de carência, o capital estipulado deveria, a princípio, ser pago pela seguradora, pois a cobertura neste ramo seria mais ampla. O ministro invoca a orientação da SUSEP, Carta Circular nº 08/2007, para que as seguradoras alterem as condições gerais dos seguros de vida, tendo em vista ser a exclusão de cobertura vedada nos casos de sinistros que decorram de condutas praticadas pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas. Concluiu-se, portanto, que não se afasta a indenização a ser paga pela seguradora, no seguro de vida, em virtude de embriaguez causadora do acidente de trânsito, que resultou na morte do segurado, sendo abusiva a cláusula contratual que dispõe diversamente, nos termos dos arts. 3º, § 2º, e 51, IV, do CDC. STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.665.701-RS, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09 mai. 2017, p. DJe 31 mai. 2017.

⁴⁶ PETERSEN, Luiza Moreira. *Op. cit.* p. 106.

consideração da cláusula contratual, no plano de saúde, que limita no tempo a internação hospitalar do segurado e, de acordo com a súmula 302 do STJ, é abusiva. Sobre o tema, adverte Sergio Cavalieri Filho:

Se a doença tem cobertura contratual, outra cláusula não pode limitar os dias de internação; isto não importa mera limitação do risco, vale dizer, limitação da obrigação, mas limitação da própria responsabilidade do segurador, e, por via de consequência, restrição de obrigação fundamental inerente ao contrato. Uma coisa é a doença não ter cobertura, caso em que o segurador não assumiu nenhuma obrigação a seu respeito (não assumiu o seu risco), e outra coisa, bem diferente, é a doença ter cobertura e, a partir de um determinado momento, deixar de tê-la.⁴⁷

Vista a questão sob outro enfoque, a doença infecciosa que, ao se tornar pandêmica, traz consigo impactos econômico-sociais muito significativos e de impossível previsão, diferentemente do que ocorre com a matéria envolvendo a *limitação no tempo de internação hospital* no plano de saúde. O afastamento da cobertura de eventos associados a pandemias, nos seguros de vida, causaria desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, inc. IV do CDC)⁴⁸ ou, pelo contrário, lhe viabilizaria um prêmio mais acessível e permitiria o controle atuarial do risco pelo segurador? Qual dos dois lados dessa mesma moeda deveria prevalecer?

Ao examinar o elemento *risco*, no âmbito dos seguros, Pedro Alvim divide-o entre riscos ordinários e extraordinários. Conforme destaca o autor:

Os primeiros [(ordinários)] apresentam um comportamento estatístico regular, com uma variação escalonada dentro de limites que permitem calcular os coeficientes matemáticos necessários à organização técnica dos planos de seguro. Os segundos [(extraordinários)] carecem dessa regularidade. Não se submetem a uma análise estatística eficiente. Suas causas e seus efeitos

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 515.

⁴⁸ Advirta-se que o art. 51, § 1º, inc. II, do CDC presume como desvantagem exagerada a cláusula que *restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual*.

*são incontroláveis e imprevisíveis, reduzindo ou anulando as possibilidades técnicas de estabilização através da lei dos grandes números.*⁴⁹

E continua:

*Os riscos extraordinários reclamam, então, um tratamento especial do segurador para sua cobertura, através do estabelecimento de padrões técnicos que possam compensar sua instabilidade. O prêmio pago pelo segurado é sensivelmente maior. [...] Se fossem incluídos na cobertura dos riscos ordinários, haveria um aumento substancial do prêmio a ser pago pelo segurado. Sua garantia em caráter excepcional atende àqueles que desejarem a cobertura sem prejuízo para os demais que se contentam com o seguro dos riscos ordinários.*⁵⁰

Uma saída possível para a discussão que está sendo travada no contexto atual seria o oferecimento, pelos seguradores, da possibilidade de contratação do seguro de vida, ainda que mais caro, com cobertura que incluía eventos associados a pandemias. Nessa eventualidade, o segurado poderia *efetivamente optar* se desejaria pagar um prêmio mais alto (porém, não abusivo) pela cobertura do *risco extraordinário de epidemia/pandemia*, fato que, salvo melhor juízo, não vinha ocorrendo com frequência no mercado brasileiro.

Mas essa é uma solução a ser constituída. No presente cenário, o falecimento, na sequência de uma infecção pela Covid-19, provavelmente será coberto pelos seguradores, a despeito de eventual cláusula que estipule o contrário. Isso é assim porque, tal qual afirmado alhures, a grande maioria dos seguradores já se posicionou nesse sentido. A partir do momento em que o segurador tenha tornado pública a informação de que cobrirá sinistros relacionados à pandemia em tela, especialmente sem fazer qualquer ressalva de possível alteração de juízo em virtude dos desenvolvimentos da doença, não pode retroceder, sob pena de quebra de expectativa legítima que tenha gerado ao consumidor.⁵¹

⁴⁹ ALVIM, Pedro. *Op. cit.* p. 253.

⁵⁰ *Ibid.* p. 253-254. (Destacou-se).

⁵¹ A vedação ao comportamento contraditório é extraída, sobretudo, do princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da tutela da confiança no ordenamento jurídico brasileiro. Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro:

Por outro lado, tal relativização da exclusão de cobertura não deverá ser considerada uma “confissão de culpa” do segurador, com aplicação automática do mesmo raciocínio a outras modalidades. Ora, é reconhecida, pela jurisprudência do STJ, a especialidade das relações de consumo de seguro de vida,⁵² o que permite um maior espaço de manobra da solidariedade na base mutualística desse seguro.

Segue-se daqui, uma discussão interessante a respeito da qualificação do pagamento do capital estipulado em sinistro que tenha um fato gerador associado a pandemia, *v.g.*, no seguro de vida, a morte da pessoa segurada. Tal pagamento seria oriundo de uma *liberalidade* do segurador, em um momento de comoção social em que se enfrenta os impactos, inclusive financeiros, da Covid-19, ou seria derivada de constatação de uma obrigação legal, ainda que presente cláusula específica na apólice dispondo o contrário?

Embora se deva afastar a opção relativa a se tratar de uma liberalidade, o que, se fosse o caso, estaria impedido de fazê-lo,⁵³ é

Renovar, 2012. p. 285. Especificamente no campo dos seguros, são numerosos os julgados que afastam a perda da garantia em virtude da mora no pagamento do prêmio pelo segurado, quando o segurador tenha reiteradamente aceitado recebê-lo com atraso nos meses anteriores.

⁵² Por todos, STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1.728.428/SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25 fev. 2019. A propósito desta temática, veja-se: GOLDBERG, Ilan. *Reflexões a respeito do contrato de seguro*. Op. cit.: *Já no seguro de vida e integridade física, no qual, inicialmente, tenham sido nomeados beneficiários, a conduta do segurado que acaba vitimado pelo acidente automobilístico fatal efetivamente atinge a esfera de terceiros: os beneficiários nomeados. Enquanto que o interesse legítimo no seguro automóvel diz respeito à relação segurado e automóvel (puramente patrimonial), o interesse legítimo que gravita em torno da contratação de um seguro de vida refere-se a uma relação entre o segurado e os seus beneficiários, na grande maioria das vezes os seus próprios familiares (cônjuge, companheiro, descendentes, ascendentes etc.), a revelar, pois, um viés mais existencial do que, como dito, puramente patrimonial. Contrato um seguro de vida e nomeio meus filhos e esposa como beneficiários porque quero resguardá-los do pior; porque quero deixar poupança caso eu venha a lhes faltar; porque sou precavido e, em plena e sã consciência, resolvo tomar uma medida de previdência ao contratar essa apólice. Diante dessas claras diferenças entre os interesses legítimos nos seguros automóvel e de vida/integridade física é que, por exemplo, o Code des Assurances francês taxativamente restringe a aplicação do instituto do agravamento de risco aos seguros de pessoas (vida e saúde, segundo o texto legal).*

⁵³ Não se desconhece a possibilidade de multa no valor de até um milhão de reais por gestão temerária pelo segurador, ou seja, colocando em risco o equilíbrio financeiro ou a solvência dos compromissos assumidos (cf. art. 63 da Resolução

difícil cravar que o segurador efetivamente estaria obrigado a cumprir com tal prestação se, no momento da contratação, tivesse informado adequadamente ao segurado sobre a exclusão de riscos associados a *pandemias*. Recorde-se, nesse particular, a Circular SUSEP nº 440, de 27 de junho de 2012, e a “lista de verificação” (versão de setembro/2012), que permitem tal exclusão, desde que a respectiva epidemia (ou pandemia) seja declarada por órgão competente.

Ao que parece, após sopesarem vários aspectos envolvidos, os seguradores fizeram um juízo técnico-jurídico de conveniência pela cobertura da Covid-19. Além da projeção de sinistralidade no período de distanciamento social,⁵⁴ eles supostamente teriam avaliado as chances de êxito em eventuais batalhas jurídicas (e as despesas envolvidas com os honorários advocatícios e custas processuais), bem como a forma como eventual negação de cobertura seria recebida por clientes – atuais e potenciais.

Por uma questão reputacional, mas também de *vedação ao comportamento contraditório*, há, como se disse, forte tendência de que, no âmbito do seguro de vida, as mortes decorrentes da Covid-19 sejam cobertas por todas as seguradoras atuantes no país.⁵⁵ Isso não resolve, porém, o problema de fundo analisado no presente estudo, que é a necessidade de definição de balizas sobre o *conteúdo do dever de prestar* do segurador.

Cabe à doutrina e ao Judiciário a criação de parâmetros técnicos rigorosos, preferencialmente à luz de estudos de impactos econômicos e sociais, sobre a *limitação desse conteúdo do dever de prestar* do segurador e os seus requisitos, como o dever de informação e, eventualmente, a opção de contratação com cobertura integral, em especial no caso de alguns riscos com forte conotação social (por exemplo, epidemias e pandemias).

CNSP nº 243, de 2011). Salvo hipóteses específicas, porém, acredita-se que ela dificilmente seria aplicada em virtude das demandas, no âmbito do seguro de vida, decorrentes da presente pandemia.

⁵⁴ É curioso notar-se que, ao mesmo tempo em que as mortes causadas por doença viral tendem a aumentar consideravelmente em corrente período de pandemia, o isolamento social acaba por restringir a exposição a diversos riscos pelos segurados, reduzindo a probabilidade de mortes resultantes de outros eventos, como acidentes de trânsito.

⁵⁵ Na síntese de Walter Polido: Para um setor que vende expectativa de proteção em momentos difíceis, não poderá haver recuo, tampouco indefinições. POLIDO, Walter. *Coronavírus e o contrato de seguro*. *Op. cit.*

Na aplicação desses parâmetros, advirta-se, as particularidades fáticas terão destacada importância. Por exemplo, se não se nega que cabe à seguradora proteger ao fundo mutual, tampouco se pode afastar a constatação de que, mais importante ainda, é que ela proteja o equilíbrio desse fundo. Ora, se o número de óbitos oriundos da Covid-19 não está sendo tão expressivo, como poderia ter sido gerado por outra pandemia mais letal, caberia ao segurador resguardar o patrimônio do mútuo – com base na redação do clausulado – ao invés de amparar o beneficiário? Não seria melhor uma análise caso a caso, entrelaçando a técnica securitária ao princípio da boa-fé, eventualmente para se concluir que, embora a cláusula de exclusão de risco pandêmico não seja abstratamente abusiva, na eventualidade de a doença não gerar um número extraordinário de óbito dos segurados e o segurador negar a prestação do capital estipulado, ela poderá vir a ser qualificada dessa forma?

O controle de abusividade nos contratos de consumo não se restringe à vedação de cláusulas caprichosas – ou, no caso dos seguros, cláusulas de exclusão de risco sem lastro atuarial – estabelecidas pelo fornecedor, mas também às cláusulas que não agasalhem interesses legítimos – concretamente aferidos – dos consumidores. Diferentemente do que ocorreria se o número projetado de mortes para os próximos meses fosse elevadíssimo e pudesse realmente vir a comprometer a solvência dos fundos mutuais geridos pelas seguradoras ou exigisse um aumento expressivo no valor do prêmio – na contratação ou renovação – de todos os proponentes/segurados, no atual contexto pode-se cogitar a legitimidade dos interesses dos beneficiários à prestação do capital estipulado em mortes decorrentes da Covid-19.

Antes de se finalizar o estudo com algumas notas conclusivas, convém apenas fazer-se menção ao debate sobre a cobertura de eventos associados a *pandemias* em seguros que não possuem cláusula expressa de exclusão, mas contam com outras que, igualmente, levam a crer não haver sido assumida, pelo segurador, tal obrigação.

3.3. Outras aparentes formas de exclusão de riscos que se ligam à pandemia: remissão

Diferentemente do que ocorre no seguro de vida – o qual envolve aspectos extrapatrimoniais, aplicando-se-lhe, em regra, o CDC e, particularmente, o seu instituto de controle das cláusulas abusivas de

forma rigorosa —, a solução de problemas que emergirão da análise acerca da cobertura ou não de eventos associados a *pandemias* em outras modalidades securitárias, especialmente no ramo empresarial, tenderá a sofrer um controle de merecimento de tutela menos protecionista ao segurado.

Nem por isso, o segurador terá a sua obrigação sempre afastada. Para além da observância do seu dever de informação, é de se ressaltar que conceitos jurídicos não muito sedimentados na literatura pátria, como danos físicos, prometem gerar disputas nada desprezíveis.

À guisa de ilustração, a cobertura de interrupção de negócios (lucros cessantes) nos seguros de riscos operacionais demonstra-se um terreno fértil para discussões jurídicas atinentes à Covid-19. Em que pese a cobertura do segurador geralmente se restringir a avarias, perdas e danos materiais, decorrentes de acidente de origem súbita e imprevista, causados diretamente a bens segurados, a falta de clareza de algumas apólices certamente será contestada judicialmente.

O comando do artigo 423 do CC será importante na tarefa, que extravasa as presentes linhas, de se examinar se o conceito de dano físico, presente nos seguros de riscos operacionais, abrangeria a Covid-19. Não falta quem defenda, nos Estados Unidos da América, que a possível contaminação pelo novo coronavírus deveria ser equiparada a danos físicos, uma vez que tem obrigado vários estabelecimentos comerciais e indústrias a fecharem temporariamente as portas.

Cite-se, à guisa de ilustração, o ingresso de demanda, na Corte de Oklahoma, por parte de um cassino, de propriedade de tribos de nativos norte-americanos, requerendo lucros cessantes das seguradoras pela interrupção de suas atividades, em montante que alcança a cifra de bilhões de dólares.⁵⁶

⁵⁶ BARLYN, Suzanne. UPDATE 1-*Native American casino owner sues Lloyd's, AIG over coronavirus losses*. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-insurers-idUSL1N2BH1SQ>. Acesso em: 25 abr. 2020. Após sublinhar aspectos controvertidos sobre a matéria nas relações de consumo e a possível cobertura, em alguns casos, no seguro de vida, Bruno Miragem conclui: *Em outros seguros, especialmente empresariais, eventual exclusão de cobertura de riscos de pandemia, previstos expressamente na apólice, tendem a afastar expectativa de cumprimento do contrato de modo diverso*. MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 4.

Tudo isso a demonstrar que as mais variadas modalidades de seguro serão impactadas e que as seguradoras terão de fazer um gerenciamento de riscos – financeiro e reputacional – deveras cuidadoso nos dias subsequentes. Entre as coberturas que serão discutidas, várias possuem grande relevo social, como *cancelamento de eventos, interrupção e atraso de obras civis, garantia de pagamentos e performance de contratos, transporte de cargas, cancelamento de viagens, etc.*⁵⁷

Na visão de Walter Polido:

*A questão que envolve este ramo de seguro [lucro cessante], apesar de possuir forte conotação social neste momento de crise em relação à pandemia do coronavírus, não tem possibilidade de prosperar de maneira positiva para os segurados. Os clausulados do Seguro de Lucros Cessantes comercializados pelo mercado de seguros brasileiro, praticamente sem exceção, acobertam a referida garantia apenas quando consequente de danos materiais ou danos físicos sofridos pelos segurados, ou seja, quando os prédios e(ou) instalações também seguradas através de apólice de riscos de propriedades tiverem sofrido um sinistro decorrente de um risco coberto: incêndio, explosão, desmoronamento, colapso, alagamento, etc. Assim formulada, a apólice de Lucros Cessantes tem como pressuposto o dano material em primeiro plano, o qual não só danifica as propriedades, como também determina a paralisação das operações empresariais. Com base nesses pressupostos técnicos do seguro, a inoperância proveniente da paralisia das atividades empresariais por conta do isolamento social, não constitui elemento para justificar o mecanismo indenizatório da apólice de Lucros Cessantes. Esta condição, inclusive, se apresenta de forma muito clara nos dispositivos contratuais, não podendo ser contestada sob este aspecto, uma vez que não apresenta lacunas, contradições ou dubiedades.*⁵⁸

Uma análise mais detida do tema não poderá ser feita no presente estudo. Advirta-se, todavia, que, para além dos gastos com a liquidação dos sinistros, a forte desvalorização das bolsas de valores tende a

⁵⁷ MELLO, Pedro Ivo; NONATO, Paulo. *Potenciais controvérsias securitárias decorrentes da COVID-19*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323619/potenciais-controversias-securitarias-decorrentes-da-covid-19>. Acesso em: 02 maio 2020.

⁵⁸ POLIDO, Walter. *Coronavírus e o contrato de seguro*. *Op cit.*

impactar as reservas técnicas dos seguradores e a diminuir o retorno de investimentos feitos com os prêmios dos segurados.⁵⁹

Ainda que se argumente que os resseguradores e retrocessionários porventura contribuirão na quitação de indenizações, o afastamento de cláusula de exclusão de riscos ou a ampliação da cobertura de perdas sem danos físicos, em tempos de sinistros abundantes como o atual, é medida séria, e não deve ser feita sem a devida reflexão.

4. Notas conclusivas:

A sociedade encontra-se diante de desafios sem precedentes, e não há como se projetar a efetiva extensão do impacto da Covid-19 nas relações securitárias. O difícil equilíbrio entre a proteção do segurado e da seguradora (bem ainda, da comunidade segurada) dependerá de uma atuação certa – sopesando-se os direitos e interesses contrapostos – pela SUSEP e o Judiciário, para além dos próprios segurados e seguradores – que deverão negociar de boa-fé cada regulação de sinistro.

Como destacada forma de solução alternativa de conflito, a mediação promete ser de grande valia na regulação dos sinistros, durante e após a pandemia.⁶⁰ Por meio dela, as partes, guiadas por um terceiro imparcial e capacitado a facilitar o diálogo em busca de consenso, evitam o moroso e, por vezes, pouco técnico exame judicial da matéria, bem como, quando aplicável, o custoso processo arbitral. Se negociada de forma devida, uma solução de compromisso entre segurado e segurador será, a ambos, benfazeja.

⁵⁹ Os recursos do fundo mutual são aplicados em conformidade com as regras do regulador que impede, por exemplo, aplicações sujeitas a riscos ainda que de maior remuneração no mercado de capitais. Apenas um pequeno percentual do fundo pode ser aplicado em fundo de investimento com participação em bolsa de valores, por exemplo; as restrições têm por objetivo a garantia da solvência para que não falem recursos para a garantia que o segurador tem por obrigação. Mesmo com as restrições os valores remunerados nas aplicações podem ser representativos, superiores àqueles necessários para a manutenção da garantia o que viabiliza que se tornem receita líquidas de investimento e, portanto, pagos como bônus ou dividendos aos acionistas. CARLINI, Angélica. *Pandemia de coronavírus e contratos de seguro: algumas reflexões preliminares*. Op. cit.

⁶⁰ A assertiva se aplica aos seguros de danos, sobretudo àqueles que dizem respeito a riscos operacionais, pois, no âmbito dos seguros de pessoa, o art. 795 do CC considera nula “qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado”. O indigitado dispositivo legal enseja várias controvérsias que transbordam a presente análise.

Em termos prospectivos, a celeuma aqui examinada poderá resolver-se via subscrição de seguros, com o aumento geral de prêmios para a inclusão da cobertura de riscos ligados a pandemias. Embora seja o primeiro caminho a vir à tona sempre que se amplia a responsabilidade do segurador, não necessariamente ele se afigura o único ou o melhor.

Para se viabilizar uma obrigação legal de as seguradoras cobrirem eventos associados a pandemias, podem-se imaginar, entre outras medidas, a i) criação de instrumentos financeiros, como derivativos, negociados em bolsa de valores e o ii) auxílio do governo na sua cobertura. Subsequentemente ao reconhecimento, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da pandemia da Covid-19 e os prejuízos que dela adviriam, o *U.S. House Financial Services Committee*, a título de ilustração, propôs a criação de um *pool* de resseguro obrigatório de risco pandêmico, com suporte do governo norte-americano.⁶¹

Também tem sido cogitada, na França, uma parceria público-privada visando à cobertura do risco de interrupção de negócio, sem danos físicos, por motivos associados a pandemias. O modelo, ainda em fase incipiente, tem buscado inspiração na cobertura securitária

⁶¹ *Existem numerosos esforços legais para forçar as seguradoras a pagar reivindicações de interrupção de negócios relacionadas a pandemias, com ideias flutuando pelo Congresso e pelo legislativo sobre como eles poderiam apoiar esses varejistas e outros proprietários de empresas em um momento em que muitos tiveram que fechar e parar as operações. Mas forçar o setor de seguros a pagar não é a resposta, pois o impacto sobre as seguradoras e seus provedores de capital de resseguro pode ser enorme. Portanto, qualquer esforço para que as reivindicações de interrupção de negócios de coronavírus Covid-19 sejam honradas pelo setor deve vir com uma contrapartida para ajudar o setor também. O PRIA, um pool de resseguro de risco pandêmico, pode ser uma maneira de fazer isso. Embora, para que realmente funcione, teria que ser necessário que o pool fosse financiado pelo menos parcialmente pelo governo, dada a escala do impacto econômico que agora vemos ser possível. O PRIA proposto funcionaria limitando as perdas totais do setor de seguros que as empresas enfrentariam em um evento de pandemia, com as provisões de resseguro entrando em ação para apoiar reivindicações acima desse nível. EVANS, Steve. U.S. Congress committee calls for Pandemic Risk Insurance Act (Pria). Disponível em: <https://www.artemis.bm/news/u-s-congress-committee-calls-for-pandemic-risk-insurance-act-pria/>. Confira-se a versão desse texto, traduzida para o português, em: BUENO, Denise. *EUA estudam criar seguro obrigatório, com subsídios para pandemias*. Disponível em: <https://www.sonhoseguro.com.br/2020/03/eua-estudam-criar-seguro-obrigatorio-com-subsidios-para-pandemias-ficaadica/>.*

de desastres naturais feita pelo *Caisse Centrale de Reassurance*.⁶² Tais movimentos ainda não são sentidos por aqui.

Na posição de órgão regulador do mercado brasileiro, à SUSEP incumbe a missão de buscar a melhor maneira de, concomitantemente, zelar pelos interesses de segurados e seguradoras diante dos riscos provocados pela pandemia.⁶³ Nada obstante o texto de algumas apólices apresentar exclusão expressa para esses riscos, é preciso ter em mente que, ao menos na contemporaneidade, nunca se experimentou situação fática tal como a trazida pela Covid-19 – fato que, sem dúvida, traz a reboque uma forte carga social. Especialmente se o segurador não tiver informado adequadamente ao segurado acerca da exclusão de eventos associados a pandemias, será responsabilizado pela cobertura em tela no âmbito dos seguros de pessoa.

Voltando os olhos para o caso de São Francisco no início do século XX, naquela ocasião se discutiu a respeito da cobertura, no seguro residencial, de incêndio (risco coberto) causado na sequência de terremoto (risco contratualmente excluído). Apesar de a passagem ter se tornado folclórica, o ato solidário de Cuthbert Heath não se encaixa facilmente no presente. Mesmo que astronômicas (estima-se que metade da população havia ficado sem lar e mais de 80% da cidade fora destruída), ele foi capaz de mensurar o tamanho de suas perdas, ao contrário do que, até onde vai a vista, ocorre na quadra atual.

⁶² *Ainda não está claro se, no esquema, as seguradoras e o Estado forneceriam proporcionalmente a cobertura de seguro, desde o início, ou se o governo interviria em um momento crítico para as seguradoras. O esquema, fornecido com cobertura ilimitada garantida pelo estado, também tornaria o seguro de interrupção de negócios mais acessível.* BUSINESS INSURANCE. *France drafting future insurance backstop for pandemics*. Disponível em: <https://www.businessinsurance.com/article/20200429/NEWS06/912334313/France-drafting-future-insurance-backstop-for-pandemics-COVID-19-coronavirus#>. Acesso em: 02 maio 2020. Consta, ainda, no texto, o seguinte relato sobre a cobertura de pandemia: *É um risco excepcional, porque é universal, sistêmico, não pode ser diversificado, tampouco pode ser agrupado em carteiras de seguradoras diversas, daí a necessidade da parceria público-privada.*

⁶³ A ilustrar tal posição, vejam-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto: “Esse é o papel da regulação, isto é, testar, tecnicamente, a ponderação entre os custos e benefícios na intervenção de um determinado segmento, de modo que a norma só vai ser eficiente se os benefícios forem iguais ou maiores que os custos envolvidos na sua implementação, que envolve uma restrição de liberdade. [...] O dever jurídico é de

O que não costuma ser lembrado é que ao menos doze seguradoras foram à falência no episódio e vários segurados também restaram prejudicados.⁶⁴ Por isso mesmo, espera-se que a análise da exclusão de riscos envolva na matéria seja alcançada de forma técnica, atenta às particularidades de cada hipótese fática. Mais: espera-se que os seguradores aproveitem essa oportunidade para i) aprimorar os seus clausulados – melhor definindo os riscos cobertos à luz dos conceitos desenvolvidos no direito brasileiro, dando o destaque merecido e necessário às cláusulas de exclusão de risco –; ii) elaborar enunciados que melhor atendam a realidade nacional, não se limitando a traduzir apólices comercializadas no cenário internacional; e iii) auxiliar à SUSEP e aos legisladores no engenho de modelos, eventualmente público-privados, que possibilitem aos segurados não necessariamente ter de tomar para si mesmos riscos que, como ficou claro, deveriam poder ser socializados.

Referências bibliográficas:

ALPA, Guido. Rischio. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XL. Milano: Giuffrè, 1989.

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARLYN, Suzanne. *UPDATE 1-Native American casino owner sues Lloyd's, AIG over coronavirus losses*. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-insurers-idUSL1N2BH1SQ>.

BASEDOW, Jürgen et al. *Principles of European Insurance Contract Law*. Munich: Sellier, 2009.

atribuir pesos aos interesses envolvidos e assegurando a participação dos interessados no devido processo legal.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 191.

⁶⁴ CENICEROS, Roberto. *Decisions to pay claims from quake were momentous*. Disponível em: <https://www.businessinsurance.com/article/20060416/story/100018725/decisions-to-pay-claims-from-quake-were-momentous>. Acesso em: 05 abr. 2020. Em recente entrevista ao *Financial Times*, o atual presidente do *Lloyd's of London* chegou a declarar que a pandemia da Covid-19 provavelmente será o evento mais caro na história do setor de seguros: RALPH, Oliver. *Insurers face biggest-ever losses, warns Lloyd's chief*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3257664a-1be2-4546-b6fa-f36618460301>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BIRDS, John; HIRD, Norma J. *Birds' Modern Insurance Law*. 3rd. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

BROWN, Antony. *Cuthbert Heath: The Maker of Modern Lloyds*. David & Charles, 1980.

BUSINESS INSURANCE. *France drafting future insurance backstop for pandemics*. Disponível em: <https://www.businessinsurance.com/article/20200429/NEWS06/912334313/France-drafting-future-insurance-backstop-for-pandemics-COVID-19-coronavirus#>.

CARLINI, Angélica. *Pandemia de coronavírus e contratos de seguro: algumas reflexões preliminares*. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324161/pandemia-de-coronavirus-e-contratos-de-seguro-algumas-reflexoes-preliminares>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CENICEROS, Roberto. *Decisions to pay claims from quake were momentous*. Disponível em: <https://www.businessinsurance.com/article/20060416/story/100018725/decisions-to-pay-claims-from-quake-were-momentous>.

EVANS, Steve. *U.S. Congress committee calls for Pandemic Risk Insurance Act (Pria)*. Disponível em: <https://www.artemis.bm/news/u-s-congress-committee-calls-for-pandemic-risk-insurance-act-pria/>.

FICHTNER, Priscila. *A boa-fé qualificada nos contratos de seguro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-19042020>.

GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Reflexões a respeito do contrato de seguro*. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial*, Volume IV: contratos mercantis, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

HAY, Laura. *Do insurers have COVID-19 covered?* Disponível em: <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/do-insurers-have-covid-19-covered.html>.

INSURANCE EUROPE. *Covid-19 (coronavirus)*. Disponível em: <https://insuranceeurope.eu/covid-19-coronavirus>.

LEGH-JONES, Nicholas (ed.). *MacGillivray on insurance law relating to all risks other than marine*. 11th ed. London: Thomson Reuters, 2008.

JUNQUEIRA, Thiago. *O debate em torno do suicídio do segurado na experiência brasileira*. VII Fórum de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Roncarati, 2018.

_____. *Os seguros privados cobrem eventos associados a pandemias? Conjur*. Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/direito-civil-atual-seguros-privados-cobrem-eventos-associados-pandemias>.

_____. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

KELLY, Heath. *The classical definition of a pandemic is not elusive*. Disponível em: <http://www9.who.int/bulletin/volumes/89/7/11-088815/en/>.

KHOURI, Paulo Roque. *O direito à informação e o contrato de seguro*. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances*. Paris, 2011.

MALEVILLE, Marie-Hélène. *Le langage des contrats d'assurance: perspectives d'évolution*. Revue générale du droit de assurances, Paris, n. 3, L.G.D.J. 1994.

_____. *Polices d'assurance: les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction*. Revue générale du droit de assurances, n. 3, L.G.D.J. 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Conteúdo do contrato de seguro e interpretação das respectivas cláusulas*. In: MARTINS, Manuel da Costa; MOREIRA, António. *II Congresso Nacional do Direito dos Seguros*. Canelas: Almedina: 2001.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de*

controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro, vigente e prospectivo. São Paulo: Roncarati, 2019.

_____. *Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco*. Coimbra: Almedina, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, vol. 31, 2006.

MAYAUX, Luc. *Assurance et coronavirus: le drame des pertes sans dommage*. Disponível em: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/assurance-et-coronavirus-le-drame-des-pertes-sans-dommage/>.

_____. *Coronavirus et assurance*. La semaine juridique - Edition générale, nº 11, 16 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2020/03/LIP-MAYAUX.pdf>.

MELLO, Pedro Ivo; NONATO, Paulo. *Potenciais controvérsias securitárias decorrentes da COVID-19*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323619/potenciais-controversias-securitarias-decorrentes-da-covid-19>.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, v. 1015, p. 4, maio 2020.

NUNES, Eduardo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018.

POLIDO, Walter. *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: as novas regras se aplicam ao Mercado de Seguros regulado? Quando terão início as mudanças? O que esperar de 2020?* Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br>.

_____. *Coronavírus e o contrato de seguro*. In: MONTEIRO FILHO,

Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

RALPH, Oliver. *Insurers face biggest-ever losses, warns Lloyd's chief*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3257664a-1be2-4546-b6fa-f36618460301>.

RAZZA, Rodrigo Hanssen Madaleno. *Contrato de seguro: as excludentes de cobertura securitária*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.pucrs.br>.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguros e Terceiros: estudos de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *O contrato e a apólice de seguro*. In: REGO, Margarida Lima (coord.) *Temas de Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos – Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *O STJ e a benfazeja proteção do mutualismo*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo>.

_____. *10 anos do Código Civil: o que mudou. O que mudar*. Cadernos de Seguro. Rio de Janeiro, nº 171, mar/abr. 2012.

TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o coronavírus e os seguros privados*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/covid19-seguros.pdf>.

VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *What is a pandemic?* Disponível em: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/.





OPINIÃO

Cláusulas de exclusão de risco de pandemias e epidemias: aspectos conceituais

Bruno Miragem*

Resumo: O advento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) deu destaque, no contrato de seguro, às cláusulas de exclusão de risco – também mencionadas como riscos excluídos ou de prejuízos não indenizáveis – presentes nas condições gerais de diferentes ramos de seguro e que também podem ser mencionadas como cláusulas de exclusão de cobertura. Distinguem-se as cláusulas de delimitação do risco, as cláusulas de exclusão de risco propriamente ditas, e as cláusulas de limitação de direitos, tratando-se, afinal, do fundamento das cláusulas de exclusão de risco e, em especial, aquela que prevê a exclusão de epidemias e pandemias e as hipóteses de seu cabimento.

Abstract: The advent of the pandemic of the new coronavirus has outstanced, in the insurance contract, the risk exclusion clauses – also mentioned as excluded risks or non indemnified losses – present in the general conditions of different branches of insurance and which can also be mentioned as coverage exclusion causes. The risk delimitation clauses, the risk exclusion clauses properly mentioned, and the rights limitation clauses are distinguished, as those are, in fact, the basis of the risk exclusion clauses and, in particular, the one that provides for the exclusion of epidemics and pandemics and the hypothesis of their inclusion.

Palavras-chave: Pandemia, risco, delimitação, exclusão, limitação de direitos.

Keywords: Pandemic, risk, delimitation of risk, exclusion, limitation of rights.

1. Cláusulas de exclusão de risco: elementos distintivos

O advento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) deu destaque, no contrato de seguro, às cláusulas de exclusão de risco (também mencionadas como riscos excluídos ou de prejuízos não indenizáveis), presentes nas condições gerais de diferentes ramos de seguro. Também podem ser mencionadas como cláusulas de exclusão de

* Advogado e parecerista. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

cobertura, uma vez que, pela delimitação negativa do objeto e extensão da garantia, excluem certos eventos ou situações como determinantes da eficácia do dever de indenizar do segurador.

Destaque-se que a exclusão de riscos cobertos tanto pode se dar mediante cláusula expressa que preveja as situações específicas que exoneram o segurador do cumprimento da prestação de indenização ou de capital, conforme o caso, quanto da redação da própria cláusula que delimita o objeto da garantia, definindo com precisão suas características e extensão, de forma a excluir, implicitamente, todos os demais que não estejam ali contemplados. Da mesma forma, pode ocorrer que, ao lado de uma delimitação genérica do risco, sigam-se cláusulas que delimitem certa extensão quanto a sua cobertura (em termos quantitativos ou temporais, p.ex.), tanto objetivamente (os eventos abrangidos) quanto subjetivamente (as pessoas incluídas), razão pela qual também tudo o que não esteja abrangido pelo conteúdo desta delimitação considere-se excluído da garantia contratual.

Essa delimitação pode seguir diversos modelos que determinam a própria forma de redação das cláusulas em questão. Tanto pode haver a definição genérica do risco, com a cobertura de todos os eventos nele subsumíveis, quanto a descrição dos danos específicos decorrentes de determinado evento e que, por isso, serão objeto de cobertura. A opção por cláusula de delimitação causal dos eventos cobertos pelo seguro suscitará, para a caracterização do sinistro, a demonstração do nexo de causalidade entre os eventos definidos e a lesão ao interesse garantido pelo contrato, com os problemas habitualmente associados ao tema.¹ Da mesma forma, conforme os riscos pré-determinados em contrato, poderá operar delimitação espacial ou temporal relativa ao risco em relação aos quais opera a garantia.

Nem por isso, todavia, se devem confundir **cláusulas de delimitação do risco**, que servem à determinação do próprio objeto do contrato, as *cláusulas de exclusão de risco*, propriamente ditas, que expressamente referem riscos excluídos da cobertura contratual, e as *cláusulas de limitação de direitos*, as denominadas cláusulas limitativas, que não excluem o risco em si, mas limitam hipóteses nas quais circunstâncias relevantes implicam obstáculo à exigibilidade da prestação securitária, como é melhor exemplo o caso de embriaguez do condutor no seguro de automóvel.

¹ Para exame da causalidade como condição geral da responsabilidade civil, remete-se a: Bruno Miragem, *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219 e ss.

Ou seja, neste último caso, são cláusulas que podem fixar extensão, ou mesmo afastar certas situações como aptas a caracterizar o sinistro, por isso limitativas de direitos do segurado², atraindo a incidência de regras próprias relativas à sua validade ou interpretação. Por fim, refira-se a *cláusula de limitação de responsabilidade*, que não se confunde com as hipóteses antecedentes. Tal cláusula de limitação de responsabilidade, no domínio dos contratos em geral, tem por função definir limites quantitativos ou qualitativos para a responsabilidade dos contratantes ou de quem venha a intervir no contrato, em razão dos eventos que refere. Neste caso, a noção de limite de responsabilidade tanto pode referir-se ao valor máximo pelo qual responderá o devedor, ou precisamente os eventos cuja realização imponham sua responsabilidade, quando resta implícito que o devedor não responderá pelas consequências decorrentes de eventos não enumerados. No seguro,³ a cláusula que fixa a extensão da cobertura (prevendo os eventos cobertos e o valor máximo da prestação devida pelo segurador em caso de realização do sinistro) tem natureza de limitação de responsabilidade do segurador frente ao segurado ou ao beneficiário.

2. Cláusulas de exclusão de risco e cláusulas de limitação de direitos

Como já foi mencionado, cláusulas de exclusão de risco são aquelas que expressamente preveem certos eventos cuja ocorrência, quando determinante como causa de realização da lesão ao interesse segurado, não torna exigível a prestação do segurador (indenização ou capital segurado). Seu fundamento, geralmente, vincula-se ao fato de que, em razão de sua probabilidade ou intensidade, escapam à previsão do segurador⁴, não aferíveis atuarialmente, daí serem previamente excluídos.

Cláusula de limitação de direitos, por sua vez, delimitam circunstâncias ligadas ao titular do interesse, beneficiário ou segurado, que limitam a eficácia, extensão, ou excluem o direito à prestação de segurador no caso de sinistro. No caso da exigência de conduta do segurado, por exemplo, tanto poderá compor o contrato como cláusula de exclusão

² Abel B. Veiga Copo. *Tratado del contrato de seguro*, t. I. 5ª ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2017, p. 572-573.

³ Não é incomum a dificuldade de precisa distinção entre as cláusulas de limitação de responsabilidade e as de exclusão de risco. A título ilustrativo, veja-se a enumeração de Marco Rossetti, *Il diritto delle assicurazioni*, v. I. Padova: CEDAM, 2011, p. 783-787.

⁴ J. C. Moitinho de Almeida. *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 199.

de risco, como a imposição direta de um dever específico de conduta⁵, cuja inobservância em determinadas situações concretas leve à perda do direito à prestação em caso de sinistro.

Nestes casos, contrapõem-se as hipóteses em que o risco é delimitado ou excluído – onde, simplesmente, não há direito à prestação securitária – daquelas em que o segurado perde o direito em razão da violação de ônus ou obrigação que lhe seja atribuído. Em outros termos, no caso das cláusulas de limitação de direitos, pode haver perda do direito à prestação de indenização securitária ou ao capital segurado em razão de determinado evento que, se não tivesse ocorrido, preservaria o direito originalmente previsto.

3. Fundamento e função da cláusula de exclusão de risco

A previsão da cláusula de exclusão de risco ou de cobertura pode atender a fundamentos de ordem jurídica, assim como a uma função técnica determinada. Juridicamente, no direito brasileiro os riscos pré-determinados, aos quais se dirige a garantia, relacionam-se à noção de interesse legítimo. Riscos que decorram de atos dolosos (art. 762 do Código Civil) e, em sentido mais amplo, ilícitos dolosos ou contrários a bons costumes ou à ordem pública⁶, não são admitidos pois contrapõem-se à própria noção de interesse legítimo objeto de garantia.

Há, nestes casos, a rejeição ao comportamento contraditório do segurado que visa assegurar-se dos efeitos de comportamento próprio, sobre o qual ele próprio tenha o poder de determinar ou não. Desrespeitando a noção de alteridade e de aleatoriedade do risco, em regime próximo ao das condições potestativas (art. 122, in fine, do Código Civil).

Do ponto de vista técnico, as causas de exclusão vinculam-se imediatamente à necessidade de dispersão do risco, que é inerente à própria possibilidade de ser celebrado o seguro, mediante sua repartição entre o maior número de participantes (inclusive por intermédio do cosseguro, do resseguro e da retrocessão), ao mesmo tempo em que

⁵ Maria Inês de Oliveira Martins. *Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 755.

⁶ Por outro lado, é de registrar que o segurador não pode eximir-se do pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier de atos de humanidade em auxílio de outrem (art. 799 do Código Civil), cujo fundamento parece aproximar-se de uma ética de solidariedade social que pode ser reconduzida à noção de bons costumes.

permite o cálculo matemático quanto à probabilidade de sua ocorrência. Pode também servir para excluir a cobertura de um risco elevado que desatenda a homogeneidade que deve caracterizar os riscos sobre os quais incide a garantia. Embora se admita largamente a operação de seguros em relação a riscos que não sejam perfeitamente calculáveis, o segurador obtém no comportamento pretérito do risco, ou em bases empíricas, o fundamento para sua delimitação.⁷

O modo como são redigidas as cláusulas de exclusão de risco permite distingui-las mediante previsão dos eventos excluídos, que são enumerados expressamente, de modo que a ausência de referência ao evento na respectiva cláusula, tratando-se de risco ordinário ou normal a que está submetido o interesse, autoriza concluir que está abrangido pela garantia.⁸ Por outro lado, pode haver a exclusão dos danos abrangidos pela garantia ou, ainda, tanto em relação a eventos que dão causa à lesão do interesse, quanto aos danos, seja referido que a cobertura abrange “exclusivamente” ou “apenas” determinadas lesões ao interesse garantido, ou aquelas que tenham sido causadas pelo evento pré-determinado.

4. Limites às cláusulas de exclusão de risco

Nos vários sistemas jurídicos há limites estabelecidos à cláusula de exclusão de risco,⁹ que não resultam exclusivamente da autonomia privada dos contratantes, ou antes, do poder de disposição do segurador ao dispor sobre as condições gerais do seguro. Também assim deve ser no direito brasileiro, podendo, pelo exame das características do contrato de seguro, distinguir-se alguns critérios para exame de sua regularidade.

Primeiramente, tomando em conta o próprio objeto do contrato de seguro e o interesse pressuposto das partes ao celebrá-lo – que é o de definir garantia a um interesse em relação a riscos pré-determinados – se

⁷ Rob Merkin; Jenny Steele. *Insurance and the law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 32.

⁸ Não se exclui, naturalmente, a cobertura de riscos extraordinários, os quais, contudo, *reclamam um tratamento especial do segurador para sua cobertura, através do estabelecimento de padrões técnicos que possam compensar sua instabilidade*. Pedro Alvim, *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 253.

⁹ Assim, por exemplo, a detalhada disciplina do regime de exclusões no direito francês, exposto por Luc Mayaux in: Jean Bigot (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3. Paris: LGDJ, 2002, p. 880 e ss.

as cláusulas de exclusão de risco estabelecidas, afastam a responsabilidade do segurador em relação aos denominados riscos ordinários, comuns, a que se submete o interesse garantido. Estará frustrada, assim, a própria causa do contrato.

Tratando-se o contrato de seguro de espécie de contrato de adesão, incide o art. 424 do Código Civil, que dispõe: *Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

Não é a melhor redação esta da norma, ao referir-se a renúncia antecipada (afinal, não terá o aderente direito a renunciar, uma vez que não tem ao que renunciar antes da celebração do contrato). Porém, diz respeito a direitos que o aderente teria, não houvesse a definição de cláusula em sentido contrário pela parte que predispôs o conteúdo do contrato. No mesmo sentido, mas com melhor redação, é a previsão do Código de Defesa do Consumidor que, ao dispor sobre as cláusulas abusivas, considera que impõe vantagem exagerada ao consumidor, razão pela qual deve ser declarada nula a cláusula que *restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual* (art. 51, §1º, II).¹⁰

Da mesma forma, deve ser observada, em relação às cláusulas de exclusão de risco, o dever de informação e esclarecimento prévio do segurador ao segurado, o que resulta tanto da eficácia da boa-fé objetiva na conclusão do contrato (art. 422 do Código Civil), quanto do dever específico – quando se trate de seguro que se caracterize como contrato de consumo – previsto nos artigos 30 e 46 do CDC.¹¹ Da mesma forma, o art. 54, §4º, do CDC dispõe *que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.*

¹⁰ Bruno Miragem, *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 598. Registre-se que será expressiva a repercussão da incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre seguros em diferentes ramos como vida, saúde, viagem, educacional, e em muitas situações também no seguro garantia. Não se aplica às relações puramente empresariais (como por exemplo, nos caso em que o fato da pandemia possa agir como o seguro D&O, de lucros cessantes, ou o de riscos operacionais), embora, no direito brasileiro, possa influenciar a jurisprudência, em especial na exegese das normas de proteção ao aderente.

¹¹ Assim aliação da jurisprudência no caso de exclusão de cobertura para tratamento de doenças infecto-contagiosas, dentre as quais a AIDS, sob o argumento de que tal disposição *sonega ao leigo, decerto, o conhecimento suficiente, a propósito do alcance da*

5. Exclusão de riscos catastróficos

É recorrente nas condições gerais de diversos seguros a exclusão dos denominados riscos catastróficos. Assim se definem aqueles que se caracterizam por sua capacidade de afetar um grande número de pessoas ao mesmo tempo, deixando de atender, por isso, à condição de dispersão do risco e a previsibilidade estatística de sua ocorrência e intensidade, dada sua baixa regularidade.¹² Na definição já exposta pela literatura especializada, trata-se de:

um acontecimento natural ou artificial de frequência reduzida que afete as estruturas sociais, económicas e/ou ambientais existentes e tenha o potencial de causar perdas humanas e/ou financeiras muito significativas. Embora seja tradicionalmente percebido como um único grande evento que dê causa a alterações repentinas – como um terremoto ou um ataque terrorista – é possível expandir sua definição para incluir casos em que a acumulação gradual de vários incidentes menores, decorrentes de uma mesma causa, e que levam a uma escala de danos/perdas perceptíveis apenas após longo período em que estas venham a se acumular.¹³

exclusão, máxime quando o beneficiário não contratou diretamente com a prestadora do serviço, não tendo qualquer condição de intervir na estipulação do ajuste. (STJ, REsp 550.501/SP, Rel. Min. Hélio Quágia Barbosa, 4ª Turma, j. 24/04/2007, DJ 21/05/2007). Da mesma forma, decidiu o STJ: (...) 2. Nos contratos de adesão, as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque para permitir sua imediata e fácil compreensão, garantindo-lhe, ademais, uma informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. 3. Como o segurado é a parte mais fraca, hipossuficiente e vulnerável, inclusive no sentido informacional da relação de consumo, e o segurador detém todas as informações essenciais acerca do conteúdo do contrato, abusivas serão as cláusulas dúbias, obscuras e redigidas com termos técnicos, de difícil entendimento. 4. O consumidor tem direito a informação plena do objeto do contrato, e não só uma clareza física das cláusulas limitativas, pelo simples destaque destas, mas, essencialmente, clareza semântica, com um significado homogêneo dessas cláusulas, as quais deverão estar álbidas a ambiguidade. 5. Hipótese em que, diante da ausência de clareza da cláusula contratual que exclui a cobertura securitária no caso de furto simples, bem como a precariedade da informação oferecida à recorrente, associado ao fato de que as cláusulas pré-estabelecidas em contratos de adesão devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, a referida exclusão se mostra abusiva e, em razão disso, devida a indenização securitária. (STJ, REsp 1837434/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 03/12/2019, DJe 05/12/2019).

¹² Luiza Petersen, *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018, p. 117.

¹³ Erik Banks, *Catastrophic risks: analysis and management*. Chichester: Wiley, 2005, p. 5.

Há, portanto, em relação aos riscos catastróficos, um elemento de intensidade, de modo que não apenas a previsão de um evento em abstrato justifica eventual exclusão no contrato de seguro em relação a garantias usuais, mas sua aptidão para afetar a estabilidade social, econômica ou ambiental. Tanto podem ser objeto de exclusões, quanto de operações específicas de seguro ou resseguro que contemplem sua especial extensão.¹⁴

6. Exclusão de epidemias e pandemias

Bem situados os conceitos elementares sobre as cláusulas de exclusão de risco, trata-se de saber em que medida podem ser utilizadas validamente para a exclusão dos riscos associados a epidemias e pandemias. No âmbito da epidemiologia, distingue-se o surto, a epidemia e a pandemia. Considera-se surto o aumento repentino do número de casos de uma determinada doença em uma região específica. Epidemia se define quando se identifica surto da doença em diversas regiões. Caracteriza-se pela elevação inesperada e descontrolada dos coeficientes de incidência de determinada doença, ultrapassando valores do limiar epidêmico preestabelecido para aquela circunstância e doença. A noção de epidemia pode abranger diferentes dimensões, admitindo-se a existência de epidemia em um município (quando diversos dos seus bairros observarem surtos de certa doença), em um ou mais estados (em que os surtos se verifiquem em diferentes regiões), ou de caráter nacional (afetando diversos estados e regiões do país). A epidemia, assim, seria a “exaltação da virulência” de uma determinada doença.¹⁵ A pandemia, por sua vez, caracteriza-se como uma epidemia com larga distribuição geográfica, atingindo mais de um país ou de um continente. Registre-se ainda, a endemia, definida como a ocorrência de determinada doença que afeta de modo sistemático populações em determinada localização geográfica por longo período, mantendo incidência relativamente constante, ainda que admitindo variações cíclicas e sazonais.

A ocorrência de epidemias, embora se caracterize pela expansão quantitativa de determinada doença, é interpretada com distintos níveis de gravidade, inclusive no que se relaciona à atuação do Estado. Assim,

¹⁴ Erik Banks, *Catastrophic risks: analysis and management*. Chichester: Wiley, 2005, p. 89.

¹⁵ Dina Czeresnia, *Do contágio à transmissão: ciência e cultura na gênese do conhecimento epidemiológico*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997, p. 86.

por exemplo, o reconhecimento de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) pressupõe a existência de surtos e epidemias que:

I - apresentem risco de disseminação nacional; II - sejam produzidos por agentes infecciosos inesperados; III - representem a reintrodução de doença erradicada; IV - apresentem gravidade elevada; ou V - extrapolem a capacidade de resposta da direção estadual do Sistema Único de Saúde - SUS. (art. 3º, §1º, do Decreto nº 7.616/2011).

Em relação ao contrato de seguro, contudo, trata-se de saber de que modo opera, e quais os limites da cláusula de exclusão de riscos associados a epidemias e pandemias. Há exemplos de disciplina regulatória da matéria. Em relação aos microsseguros, a Circular SUSEP nº 440/2012 autoriza a exclusão de riscos de *epidemia ou pandemia declarados por órgão competente* (art. 12, I, “d”). Admite a SUSEP a possibilidade de exclusão nas condições gerais relativas ao seguro de pessoas, das epidemias e pandemias, desde que redigidas de modo a contemplar que deverão ser “declaradas por órgão competente”.¹⁶

Algumas questões desafiam a compreensão desta cláusula de exclusão de risco de epidemias e pandemias, em especial sobre o modo como o conteúdo da exclusão articula-se com o risco delimitado sobre o qual incide a garantia securitária. Não se perde de vista que a garantia, em relação a riscos no seguro, diz respeito sempre ao modo como determinado evento previsto no contrato pode causar lesão ao interesse legítimo garantido. Portanto, é inerente ao contrato a demonstração da causalidade, entre o risco (que é, neste caso, evento potencial e com certa probabilidade) e a lesão ao interesse, que é a situação concreta (o sinistro) que deflagra a eficácia do direito do segurado à prestação de indenização ou ao capital segurado, conforme o caso. Uma interpretação estrita dos termos da cláusula pode concluir que a causa da lesão ao interesse não é a epidemia ou a pandemia, mas a doença.¹⁷ Nestes termos, epidemia e pandemia não seriam tecnicamente riscos, uma vez que este se traduziria na “possibilidade de morrer por esta doença”.

¹⁶ Item 69 da “*Lista de Verificação – Seguro de Pessoas – Versão setembro/2012*”, definindo critérios para exercício da competência da SUSEP, nos termos do art. 3º da Res. 117/2004, do Conselho Nacional de Seguros Privados.

¹⁷ Assim parece sustentar Ernesto Tzirulnik, *Reflexões sobre o coronavírus e os seguros privados*, mimeo, p. 9.

Nesta visão, epidemia e pandemia seriam condições (evento futuro e incerto de agravamento) que incide sobre o risco em si. Em sentido contrário, sustenta-se o argumento de que a pandemia qualifica o risco de morte (uma vez que expande exponencialmente a probabilidade de risco da sua ocorrência), caracterizando um agravamento substancial cuja relevância poderia justificar sua aproximação da cadeia causal, inclusive para justificar a exclusão.

A redação da cláusula de exclusão em termos excessivamente objetivos (“Riscos excluídos: (...) epidemias e pandemias declaradas por órgão competente”) abre-se à crítica. Contudo, não se pode deixar de considerar que, uma vez prevista no contrato, deva lhe ser atribuído sentido que corresponda aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio, ou ainda qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes (art. 113, §1º, II e V, do Código Civil). De outro lado, pesarão em favor do segurado as regras que determinam interpretação mais favorável a si, seja no caso de ambiguidade (art. 423 do Código Civil), ou pelo fato de não ter sido ele quem redigiu o dispositivo (art. 113, §1º, IV, do Código Civil).

Outro elemento que deve ser tomado em conta na interpretação da cláusula de exclusão de riscos de epidemia e pandemia, em especial nos seguros de dano em geral, é de que embora caracterizem, em verdade, situações de agravamento, ou mesmo de risco catastrófico, não conduzem, necessariamente, a um juízo sobre a causa do dano (causa da lesão ao interesse segurado). Em razão da epidemia ou da pandemia adotam-se medidas destinadas ao enfrentamento de suas consequências. Poderão ser estas a causa direta das lesões ao interesse garantido: daí justificar-se a exclusão das circunstâncias que estendem e agravam o risco, como causa, que determine o resultado, e não apenas condição que o favorece. Porém, também pode ser objeto de exame a causalidade indireta da pandemia sobre a realização do sinistro, e sua eventual exclusão pelas mesmas razões.

É o que ocorre, por exemplo, em relação às medidas de polícia administrativa adotadas pelo Estado, que dão causa à restrição ou interrupção de atividades, ou que prejudiquem o cumprimento de contratos – hipótese em que, inclusive, pode haver a invocação do fato do príncipe, também objeto de cláusulas de exclusão em determinados seguros (e.g. seguro fiança). Ou mesmo a hipótese de caso fortuito ou de força maior nos seguros garantia, para as situações de inadimplemento

de obrigações do tomador cobertas pelo seguro.¹⁸ Nestes casos, eventual recondução da pandemia às situações de caso fortuito ou de força maior para efeito do contrato de seguro deverão ter em conta a exegese de sua definição legal (art. 393, parágrafo único do Código Civil),¹⁹ bem como sua repercussão concreta em relação ao fato definido como sinistro que deflagra o direito à prestação de indenização securitária.

A precisa aferição do nexo de causalidade é decisiva, igualmente, não apenas para interpretar as situações de epidemias ou pandemias, mas também em relação à delimitação do risco garantido, especialmente em seguros *all risks*. É o que ocorre no caso de seguros que garantem o interesse a lucros cessantes em razão da interrupção da atividade econômica do segurado (*business interruption insurance*). Neste caso, seja no Brasil, seja na experiência de outros países,²⁰ tais seguros se vinculam, geralmente, às consequências de danos físicos à propriedade e dos lucros cessantes em decorrência da privação do seu uso pelo período necessário

¹⁸ Item 11, I, dos Anexos à Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013, relativa às condições padronizadas do Seguro Garantia, tanto para o segurado “Setor Público” (ramo 0775), quanto “Setor Privado” (ramo 0776), prevê, ainda que sem a melhor técnica, a “perda de direitos” na hipótese de *casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro*.

¹⁹ Bruno Miragem, *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, v. 1015. São Paulo: RT, maio/2020. Não se perde de vista, igualmente, a possibilidade da limitação temporal, mediante a edição de normas de emergência, para a qualificação de eventos como caso fortuito ou de força maior, visando a restrição a comportamentos oportunistas que venham a invocar os efeitos da pandemia para justificar eventual inadimplemento obrigacional que tenha causa diversa. É o caso, em relação à situação atual da pandemia do coronavírus (Covid 19), da regra proposta no projeto de lei 1179/2020, que estabelece o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus, que em seu art. 1º, parágrafo único, define, *para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid19)*. Em sequência, estabelece o art. 6º, do mesmo projeto de lei: *As consequências decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos*.

²⁰ Veja-se a referência de Luc Mayaux, *Coronavirus et assurance, La semaine juridique*. Edição Générale, n. 11. Paris: Lexis Nexis, 16 mars 2020, p. 507.

à sua reconstrução ou reparo.²¹ A interpretação extensiva desta garantia, ainda que fundado em expectativas razoáveis do segurado em relação ao interesse segurável,²² encontrará óbice nos próprios termos da cláusula, a tornar imprópria uma equiparação *a posteriori*, entre a previsão expressa de danos físicos à propriedade e efeitos decorrentes das medidas de polícia adotadas para o enfrentamento de epidemias ou pandemias.

Não se desconhece a possibilidade de, havendo contratação específica de seguro com cobertura básica para lucros cessantes,²³ o que poderia recolocar o debate, a partir da interpretação da cláusula que delimita o risco e a que define quais os riscos excluídos. A experiência do mercado brasileiro, contudo, é da contratação do seguro para lucros cessantes como cobertura adicional a seguros para danos patrimoniais, a exemplo da tradição do *business interruption insurance* norte-americano, reconduzindo a discussão à questão original da exigência de danos físicos ao estabelecimento do segurado.

7. Síntese conclusiva

Percebe-se que as cláusulas de exclusão de risco têm função relevante no contrato de seguro, em especial para assegurar a dispersão do risco, que é característica inafastável do próprio tipo contratual e de sua base econômica. Sua previsão nas condições gerais, contudo, deve observar limites associados à própria função do contrato em si, não devendo excluir riscos ordinários, bem como quanto ao modo de contratação, seja em relação à suficiente clareza do texto (cuja ausência implica interpretação mais favorável ao segurado), como sua informação prévia ao contratante.

²¹ Robert E. Keeton, Alan I. Widiss, James M. Fischer. *Insurance law*. 2. ed. St. Paul: West Academic, 2016, p. 189.

²² Robert E. Keeton, Alan I. Widiss, James M. Fischer. *Insurance law*. 2. ed. St. Paul: West Academic, 2016, p. 143 e ss

²³ A Circular SUSEP nº 560/2017 dispõe sobre o seguro de lucros cessantes, definindo em seu art. 1º, parágrafo único: *Entende-se por seguro de Lucros Cessantes aquele em que o segurado contrata pelo menos uma das coberturas básicas previstas no Capítulo II do Anexo a esta Circular*. O Capítulo II do Anexo à Circular, de sua vez refere, em seus arts. 2º e 3º: *Art. 2º O objetivo do seguro de Lucros Cessantes é garantir uma indenização pelos prejuízos resultantes da interrupção ou perturbação no movimento de negócios do segurado, causada pela ocorrência de eventos discriminados na apólice. Art. 3º O seguro de Lucros Cessantes deve ser contratado optando-se por pelo menos uma das seguintes coberturas básicas: I – perda de lucro bruto; II – perda de lucro líquido; III – perda de receita bruta; IV – despesas fixas.*

No caso das cláusulas que excluem os riscos de epidemias e pandemias, como regra atendem as funções próprias de assegurar a dispersão e homogeneidade do risco. Admitidas nas condições gerais de diversos ramos de seguros, contudo, poderão observar divergências sobre sua interpretação, ou ainda quanto à relação causal direta entre a lesão ao interesse cuja cobertura se reclame e a situação de epidemia ou pandemia.

A proposta de seguro e o silêncio do segurador: efeitos jurídicos

Leonardo David Quintanilha de Oliveira*

Resumo: O presente trabalho trata das consequências jurídicas do silêncio do segurador quanto à proposta de seguro. Nele se analisa a regulamentação da matéria pela Circular Susep nº 251/04, concluindo-se pela sua parcial ilegalidade. Também são apresentadas críticas à atual redação do Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017.

Palavras-chave: Seguro. Proposta. Silêncio. Aceitação tácita. Recusa.

Abstract: This work is about the legal consequences of the insurer's silence regarding the insurance proposal. It analyzes the regulation of the matter by Brazilian government insurance agency – Susep, concluding that it is partially against the National Law. Criticisms are also made of the current wording of legislative proposal pending on National Congress of Brazil.

Keywords: Insurance. Proposal. Silence. Tacit acceptance. Refusal.

Sumário: 1. Introdução. 2. *De lege lata*. 2.1 Da ilegalidade parcial da Circular Susep nº 251/04. 2.2 Consequências jurídicas do silêncio do segurador. 2.3 O silêncio do segurador e a jurisprudência. 3. *De lege ferenda*: breves notas sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017. 3.1 O silêncio do segurador e o PL nº 29/2017. 3.2 Alguns pontos criticáveis do PL nº 29/2017. 3.3 Notas de direito comparado. 3.4 PL nº 29/2017 e filtragem constitucional. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Após o recebimento de proposta de contrato de seguros, o segurador pode, em legítimo exercício de sua autonomia, expressamente aceitar ou recusar a contratação. Uma terceira atitude é manter-se silente. Mas, quais são as consequências jurídicas do seu silêncio?

* Mestrando em Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: leortoliveira@gmail.com

O capítulo sobre contrato de seguro do Código Civil – CC não é explícito quanto ao tema. Sequer trata com detalhes do procedimento de aceite/recusa da proposta contratual. O art. 759 resume-se a estipular que *a emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco*. Desse jeito, o Código impôs a prévia proposta escrita, sem adentrar em minúcias da negociação, em especial quanto ao prazo de manifestação da decisão contratual pela companhia de seguro, bem assim quanto às consequências de eventual inércia.

Diante da lacuna da parte especial do Código, o intérprete deve lançar mão das regras gerais dos contratos, sem olvidar as disposições do Código de Defesa do Consumidor – CDC quando diante de uma relação consumerista. Além do que, a Superintendência de Seguros Privados – Susep, com base na sua competência normativa atribuída pelo art. 36 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, detalhou a matéria por meio da Circular nº 251, de 15 de abril de 2004.

Há no ato normativo autárquico uma temporização do *iter* de aceitação, análise e eventual recusa da proposição.

O art. 2º, §6º, da Circular Susep nº 251/04 estabelece que a ausência de manifestação, por escrito, do segurador dentro dos 15 dias *caracteriza aceitação tácita da proposta*. Seu objetivo, afinal, é conferir segurança na fase pré-contratual e primar por uma postura das partes conforme parâmetros de lealdade e de cooperação concretizadores da boa-fé. Entretanto, é pertinente a indagação sobre a validade da Circular, ao se imputar, em razão da inércia, a aceitação contratual.

O presente artigo objetiva tratar da normativa preconizada na Circular Susep nº 251/04, questionando-se a legalidade da formação contratual pelo silêncio. Ademais, serão breve e criticamente analisadas as disposições análogas do Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017¹.

¹ As menções ao projeto tomam por base o texto final aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 4 de abril de 2017. Sobre o projeto, sugere-se a leitura de TZIRULNIK, Ernesto. *PLC nº 29/2017: principais aspectos e perspectivas*. Faculdade de Direito da UERJ – 13 de setembro de 2018. Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil. Belo Horizonte, v. 18, p. 235-241, out./dez. 2018. Para uma visão estrangeira a respeito do projeto (não com base na redação atual, embora semelhante), cfr. ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *Contrato de seguros: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 225-267; CANDIAN, Aurelio Donato. *Il Proteggetto di Legge*

2. De lege lata

2.1 Da ilegalidade parcial da Circular Susep nº 251/04

Em que pese o louvável intuito protetivo dos proponentes ao seguro, é discutível a legalidade do art. 2º, § 6º, da Circular Susep nº 251/04, notadamente ao atribuir ao silêncio caráter de aceitação tácita.

Cuida-se de solução semelhante à preconizada na legislação de Portugal. O Regime Jurídico do Contrato de Seguro – RJCS (Decreto-lei nº 72, de 16 de abril de 2008) prevê que o segurador tem prazo de 14 dias da recepção da proposta para manifestar a recusa. O silêncio dele resulta na formação do contrato². Entretanto, neste país, a consequência da inobservância do prazo está prevista na lei *stricto sensu*.

Já no Brasil, a previsão em ato normativo infralegal apenas seria válida na hipótese de o regime ser extraível de lei específica ou, ao menos, da normativa geral, contemplada no Código Civil, o que não é o caso, como se discorrerá.

Brasiliano n. 3555/04 di Reforma della Disciplina sul Contrato di Assicurazione. Luci e ombre. In: Diritto ed Economia dell'Assicurazione, n. 4, p. 1115-1125, 2004.; e MONTI, Alberto. Buona fede, trasparenza e doveri di informazione nel progetto di legge n. 3555/04 per la riforma del diritto dei contratti di assicurazione in Brasile. Diritto ed Economia dell'Assicurazione, n. 4, p. 1153-1175, 2004.

² *In verbis: Artigo 27º Valor do silêncio do segurador 1 – O contrato de seguro individual em que o tomador do seguro seja uma pessoa singular tem-se por concluído nos termos propostos em caso de silêncio do segurador durante 14 dias contados da recepção de proposta do tomador do seguro feita em impresso do próprio segurador, devidamente preenchido, acompanhado dos documentos que o segurador tenha indicado como necessários e entregue ou recebido no local indicado pelo segurador; 2 – O disposto no número anterior aplica-se ainda quando o segurador tenha autorizado a proposta feita de outro modo e indicado as informações e os documentos necessários à sua completude, se o tomador do seguro tiver seguido as instruções do segurador; 3 – O contrato celebrado nos termos dos números anteriores rege-se pelas condições contratuais e pela tarifa do segurador em vigor na data da celebração; 4 – Sem prejuízo de eventual responsabilidade civil, não é aplicável o disposto nos números anteriores quando o segurador demonstre que, em caso algum, celebra contratos com as características constantes da proposta.*

Para Pedro Romano Martinez, o dispositivo trata de regime excepcional, na medida em que afasta a regra geral extraída do art. 218º do Código Civil Português (*o silêncio vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção*). (MARTINEZ, Pedro Romano; TORRES, Leonor Cunha; OLIVEIRA, Arnaldo Costa; [et al]. *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 70)

Vale frisar que a formação do contrato não ocorre desvirtuada do direito, como ato pré-jurídico. Ela se configura, ao revés, quando o ordenamento jurídico imputa a determinadas condutas dos particulares – inclusive ao silêncio – essa consequência³.

Nesse aspecto, em que hipóteses o direito brasileiro admite a valoração do silêncio como vontade contratual relevante? O art. 111 do CC estatui que o silêncio se traduz em anuência *quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*. Assim, o preceito normativo geral se extrai a contrário sensu: o silêncio não possui valor negocial, salvo nas hipóteses nele mencionadas. A última parte do dispositivo, ademais, é inaplicável ao contrato de seguro, em razão do seu caráter consensual. A lei não impõe qualquer formalidade para sua constituição, tampouco a *declaração de vontade expressa*⁴. O Código de 2002 admite a comprovação do seguro por meios comprobatórios não escritos. Assim, atualmente, nem mesmo a apólice - em que pese a obrigatoriedade de sua expedição⁵ - é documento probatório imprescindível. O art. 758 do Código admite a prova do seguro por outros meios, inclusive pela mera demonstração do pagamento do prêmio.

Como contrato consensual, basta a fusão de vontades dos negociantes para sua formação, o que ocorre basicamente com a sucessão de duas declarações volitivas: proposta e aceitação⁶. As vontades devem estar exteriorizadas, a fim de ultrapassarem a mera

³ Sobre o prisma de qualificação normativa dos atos dos particulares, especialmente voltada para a formação do contrato, cfr. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 84-85.

⁴ O Código Civil de 1916, no art. 1.433, exigia a forma escrita, consubstanciada na expedição da apólice ou no lançamento em livros operacionais respectivos. Entretanto, mesmo sob a égide do Código de Beviláqua, a prática já dispensava essas formalidades, não apenas em prol da adoção do bilhete de seguro, regulamentado pelo Decreto-lei n° 73/66, mas em favor de meios menos formais de celebração: telefone, fac-símile, correio eletrônico e outros meios informatizados (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. v. III. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 341).

⁵ Nesse sentido, art. 9° da Circular Susep n° 251: *A emissão da apólice, do certificado ou do endosso será feita em até 15 (quinze) dias, a partir da data de aceitação da proposta*.

⁶ BONNARD, Jérôme. *Droit des Assurances*. 5. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 51-52.

psique, serem objetivamente cognoscíveis e, finalmente, produzirem efeitos juridicamente relevantes⁷. A exteriorização pode ocorrer de múltiplas formas (escrita, falada, gestual – como um aceno de mão ou de cabeça) e, salvo quando a própria lei exclui uma ou algumas delas ou elege uma ou algumas como necessárias, todas são idôneas à imputação da intencionalidade relevante⁸.

A vontade contratual, por outro lado, é extraível não só de ato especialmente destinado a comunicar a intencionalidade, mas de um comportamento do partícipe da relação negocial como se contratante fosse⁹. Tem-se o que a doutrina denomina de comportamento concludente que culmina na aceitação tácita do contrato. Nas palavras de Enzo Roppo, a vontade de aceitar resulta implicitamente da *forma operativa do sujeito*¹⁰.

A aceitação tácita no seguro perfaz-se em atos inequívocos do segurador, de comportamento próprio de contratante, como a expedição de apólice ou bilhete de seguro (caso em que se dispensa a análise individualizada de risco)¹¹, emissão de boleto bancário para a cobrança do prêmio ou, ainda, recebimento inerte do prêmio.

⁷ Nesse aspecto, o Brasil adotou a teoria da declaração (em contraposição à teoria da vontade). Assim, para que a vontade passe a adquirir importância jurídica, ela precisa ser exteriorizada. É por isso que a reserva mental é irrelevante, caso o destinatário dela não tenha conhecimento, nos termos do art. 110 do CC.

⁸ ROPPO, Enzo. *op. cit.*, p. 93.

⁹ ALPA, Guido. *Il Contratto in Generale*. Milão: Guiuffrè Editore, 2014, p. 22.

¹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. *Op. cit.*, p. 94.

¹¹ O envio da apólice é hipótese também de aceitação tácita, pois é ato incompatível com o direito de recusa. A jurisprudência assim já se manifestou. Veja-se, para exemplificar, ementa de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com grifos ausentes na origem: *Inobstante alegue a seguradora ter recusado a proposta do seguro, não cuidou de comprovar o fato. Ademais, praticou ato incompatível com essa recusa, ao emitir para a parte segurada a apólice do seguro, conforme devidamente comprovado nos autos (folha 19). Logo, não merece acolhimento a tese da parte apelante acerca da inexistência do contrato, condição essa que seria o obstáculo ao reconhecimento da indenização postulada pela parte apelada (...)*. (TJBA. Apelação Cível 00007781720098050138, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago, Segunda Câmara Cível, j. 18.12.2012, DJ 06/08/2013)

Mas a questão é: a partir do silêncio pode-se extrair uma aceitação tácita? Em regra, não. Pela redação do art. 411 do CC, o silêncio em si, desacompanhado das circunstâncias e dos usos, não possui valor de consentimento. O silêncio é justamente uma não aceitação. A vontade não se exterioriza, por via de regra. A parêmia “quem cala consente” carece de juridicidade¹². Por isso, Enzo Roppo, alerta contra a banalização da aceitação tácita voltada a um indevido alargamento do silêncio às fontes de manifestação de vontade negocial¹³.

Cabe destacar que o art. 111 deve ser lido em conjunto com o art. 112, segundo o qual *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*. Assim, o silêncio é fato gerador do negócio jurídico quando a intenção de contratar for captável de uma das seguintes hipóteses: (a) da conjuntura fática (circunstâncias)¹⁴; e (b) da prática social¹⁵ (uso).

A primeira ocorre quando os elementos concretos permitem concluir a intenção, na medida em que a parte, pelo silêncio, adota uma postura de contratante. Um comportamento próprio de contratante, como os acima exemplificados, quando silencioso, denuncia a aspiração contratual. Entretanto, não é o silêncio, ele mesmo, o elemento central, mas configura fato acessório para se extrair do comportamento concludente a volição relevante¹⁶. Isto é, em razão da sua conjugação

¹² ALPA, Guido. *Il Contratto in generale*. Milão: Giuffrè Editore, 2014, p. 24.

¹³ ROPPO, Enzo. *op. cit.*, p. 94.

¹⁴ MARIGHETTO, Andrea; MACEI, Demetrius Nichele. *O Significado do Silêncio nas Relações Obrigacionais*. Disponível em < https://www.researchgate.net/publication/301687775_O_significado_do_silencio_nas_relacoes_obrigacionais_The_meaning_of_silence_in_binding_obligations>. Acesso em: 01 nov. 2019, p. 13-14.

¹⁵ Na lição de José de Oliveira Ascensão, o uso *é uma mera prática social, a que falta convicção de obrigatoriedade que é essencial ao costume*. Justamente pela ausência dessa convicção social, o autor ensina que o uso não pode valer autonomamente, como fonte de direito, mas apenas quando a lei assim o determine. Nesse último caso, o uso serve para esclarecer e complementar o sentido da declaração de vontade das partes. (Ascensão, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 278-279).

¹⁶ O silêncio, *entretanto, é um fato equívoco, que não possui em si valor de consentimento. O silêncio configura, portanto, a ausência de uma declaração ou um comportamento a partir da qual seja possível pesquisar a intenção negocial da pessoa, sendo que, considerado individualmente, não constitui um ato de vontade. De fato, são as circunstâncias nas quais o silêncio se insere a atribuir ao próprio significado o valor de consentimento ou dissensão*.

com a do ato concludente, capta-se a vontade do agente silencioso, de forma que, independentemente da expressa aceitação, surge uma *identidade de propósitos* entre os pré-contratantes¹⁷.

Noutro norte, será que, no seguro os usos permitiriam valorar o silêncio como intenção de contratar? Não é essa a prática da negociação securitária, pois comumente a aceitação é formalizada pela expedição de apólice ou bilhete.

Também incide aqui o art. 432 do CC segundo o qual *se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa*.¹⁸

O costume, tal como mencionado no preceito, não é aquele a que se atribui força normativa, mas se emprega sua conotação coloquial: as práticas contratuais. De toda maneira, o dispositivo não significa que, caso o uso não seja a aceitação expressa, *qualquer* silêncio conduz à aceitação. Apenas assume essa qualificação quando se infira do comportamento (ainda que negativo) a vontade de contratar, em cotejo com o que ordinariamente ocorre¹⁹. Segundo Cristiano Chaves, *a primeira parte do artigo representa um reforço aos usos e praxes negociais, valorizando a*

O valor do silêncio é, portanto, uma quaestio facti no sentido que são as circunstâncias fáticas a tornar o silêncio significativo. (MARIG MARIGHETTO, Andrea; MACEI, Demetrius Nichele. *op. cit.*, p. 5).

¹⁷ FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. contrato: teoria geral e contratos em espécie*. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 52

¹⁸ Mário De Camargo S. ensina que o art. 432 dispensa a aceitação expressa em duas hipóteses: (a) *quando não seja costume a aceitação expressa; e (b) quando o proponente dispensar a aceitação expressa. No primeiro caso, temos uma presunção legal de aceitação tácita, sendo dispensadas para a conclusão do contrato as formalidades expressas em razão dos costumes.* (CAMARGO S, Mário De. In: MACHADO, Costa (org.). *Código Civil Interpretado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2014, p. 355).

¹⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIUZA, Ricardo (coord.) *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395; no mesmo sentido, Cristiano de Sousa Zanetti e Bruno Robert alertam para o perigo da interpretação isolada e *a contrario sensu* do art. 432 do CC. O dispositivo não deve conduzir o intérprete à compreensão de que, uma vez dispensada a aceitação expressa, qualquer silêncio resultará na formação do contrato, porquanto o exame desse artigo requer a conjugação do art. 111 do mesmo diploma. Daí porque, concluem os autores: o art. 432 não afirma *que basta a dispensa da aceitação expressa pelo proponente para que o silêncio do oblato possa ser qualificado como aceitação*. Para

*confiança já estabelecida entre aqueles que habitualmente costumam negociar*²⁰. A razão da norma é justamente prestigiar o conteúdo das condutas em detrimento da forma. Porém, como dito, não se deduz do uso do mercado securitário que a inércia prolongada do segurador se traduza, por si mesmo, em vontade de contratar.

Por outro lado, nada impede que a própria lei derroge a regra geral contida no art. 111 e determine expressamente que o silêncio seja juridicamente relevante, fora das hipóteses já contidas no preceito geral. Todavia, essa solução deve ser tida como exceção à regra, sujeita, destarte, ao princípio da legalidade. Afinal, apenas ato normativo de igual ou superior hierarquia possui a força derogatória.

Normalmente a lei excepciona a regra geral em casos em que a aceitação se traduz em encargo, porque a vinculação a uma situação jurídica não importará em qualquer sacrifício patrimonial²¹. É o que ocorre, por exemplo, na aceitação de doação e de herança, a qual pode ser captável pelo mero silêncio, por determinação legal (arts. 539 e 1.581 do CC). A normativa parte da ideia de que a aceitação é benéfica ao donatário e ao herdeiro e, por esse motivo, qualifica o silêncio como anuência.

Por vezes, ao seu turno, o silêncio tem consequência vinculativa com esteio em premissa diversa. Não é que a aceitação seja inofensiva, como se dá nos casos acima exemplificados. A lei, em realidade, impõe ao sujeito um dever de se manifestar, porque o comportamento omissivo é juridicamente indesejável, e comina como sua resultante a vinculação. Enzo Roppo, ao versar sobre o tema, alerta para os “abusos de ficção”. Para ele, o efeito vinculativo não é consectário de uma aceitação tácita, mas se releva verdadeira sanção legal decorrente *de exigências de certeza nas relações patrimoniais*²².

Não se trata, de mais a mais, de consequência neutra. Ao contrário, ela é gravosa, eis que tem o condão de inovar na esfera jurídica do agente

tanto, salvo algumas exceções, devem ser objeto de consideração as circunstâncias e os usos. (ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. *A Conclusão do Contrato pelo Silêncio*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.) *Direito Civil: direito patrimonial, direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 268-269).

²⁰ FARIA, Cristiano Chaves. *op. cit.*, p. 66.

²¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. *op. cit.*, p. 273-274.

²² ROPPO, Enzo. *op. cit.*, p. 95-96.

silente. Sem falar que é medida que mitiga a autonomia privada, pois supre a própria declaração de vontade do agente como fonte de obrigações, e, dessa forma, deve observância ao princípio constitucional da legalidade.

É essa justamente a ideia por trás do regime português acima considerado, ao atribuir ao silêncio prolongado do segurador o efeito de colmatação da sua vontade. Por imperativo de segurança nas relações patrimoniais, reforça-se um dever de diligência e de transparência da companhia de seguros por impor-lhe uma sanção. Afinal, é inconveniente, até violador de deveres anexos advindos da boa-fé objetiva, em especial numa relação com negociante vulnerável, que ela se mantenha inerte e nada informe ao proponente sobre a decisão negocial. Como forma de contornar a insegurança provocada pela passividade prolongada do segurador, fixou-se uma sanção cujos efeitos se operam *ope legis*, a saber: a gênese avoluntarista do contrato. Todavia, no caso lusitano, a sanção se extrai diretamente da lei, e não de algum ato normativo infralegal.

No Brasil, a autarquia reguladora, ao cominar a mesma consequência da legislação portuguesa – embora a solução seja, até certo ponto, materialmente elogiável – exorbitou do seu poder regulamentar, na medida em que previu, através de mera circular, sanção que não é emanada nem do Código Civil nem de outra lei em sentido estrito. E o fez de forma a parecer ser medida neutra, ao estipular que a ausência de manifestação caracteriza aceitação tácita. Como visto, o silêncio *de per si* não se confunde com comportamento concludente do qual se deduz aceitação implícita; tampouco a vinculação contratual é uma consequência neutra, como se fosse efeito genericamente extraível do ordenamento jurídico e que a autarquia apenas estaria a revelar por meio do ato normativo.

A Circular, quanto ao ponto, é formalmente ilegal.

2.2 Consequências jurídicas do silêncio do segurador

A ilegalidade da disposição da Circular da Susep, que comina efeito sub-rogatório da vontade contratual do segurador, não significa que a sua inércia prolongada não gere efeitos jurídicos. O primeiro efeito é a própria caducidade da proposta. Afinal, como regra, o contrato de seguro se forma entre ausentes²³.

²³ Insta, ainda, ressaltar que a dicotomia “contratos entre presentes/entre ausentes”, primordial para a apuração do regime de vinculação da proposta, não se atém a critério fisicamente presencial, mas sim a aspecto temporal, isto é, a instantaneidade ou não da aceitação. Na medida em que, como

Nesse sentido, incide a regra do inciso II do art. 428 do CC. Ele preceitua a perda do efeito vinculativo da proposta pelo decurso de *tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente*. Traduzindo o dispositivo para a mecânica própria da contratação de seguros, a proposta vincularia durante um *tempo suficiente* (isto é, um tempo razoável) para o segurador analisar a declaração inicial do risco, formar a convicção contratual e comunicar sua decisão. O decurso *in albis* desse tempo simplesmente caduca a proposta. O regramento, nomeadamente pela imprecisão da adjetivação legal (o que é suficiente?), mantém o candidato a tomador em posição de extrema vulnerabilidade²⁴. Daí a conveniência de se estabelecer prazo para uma resposta do segurador, retirando-o da posição de inércia.

regra, a formação do contrato de seguro depende da análise de risco, sua formação se dá entre ausentes.

Há casos, todavia, excepcionais. Nos “seguros de adesão automática” sequer existe declaração e análise de risco, até porque o seu vulto e a uniformidade do objeto não justificam os custos de negociação decorrentes da perquirição individualizada de risco. Nas palavras de Luís Poças, a respeito de tais seguros, *são exemplo típico alguns seguros de acidentes pessoais: por exemplo, a modalidade ‘seguro de viagem’ – associada a um pacote de viagem organizada disponibilizado por uma agência de viagens ou, diversamente, a um cartão de crédito – ou a modalidade ‘seguro escolar’. Em qualquer dos casos, o iter assenta numa oferta ao público por parte do segurador. Atenta a homogeneidade dos riscos, a respectiva dispersão (em regra, decorrente do facto de se estar perante seguros de grupo), a limitação do capital seguro e o facto de a contratação estar associada a uma determinada qualidade do aderente (o que limita os riscos de selecção adversa), o segurador prescinde da declaração e análise do risco. Deste modo, fica o segurador numa posição de sujeição, enquanto os potenciais aderentes, flexivelmente, são titulares de um direito potestativo à aceitação da proposta, concluindo-se, então, o contrato.* (POÇAS, Luís. *O dever inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 79).

Assim, é o segurador, invertendo a lógica técnica normal de contratação securitária, quem assume a posição de proponente. Em tais casos, pode-se cogitar de uma contratação entre presentes. É o que ocorre, por exemplo, quando um seguro habitacional é oferecido aos consumidores de loja de departamento no caixa de pagamento. Incide a regra do inciso I do art. 428 do CC, segundo o qual, em caso de não ser imediatamente aceita, a proposta deixa de ser obrigatória.

²⁴ De acordo com Menezes Cordeiro, o regime dos seguros não se compatibiliza com a regra da legislação civil, tendo em vista que a posição do candidato a tomador ficaria desamparado na ausência de resposta da seguradora em tempo razoável. Para ele: *Mesmo que, daí, decorresse a caducidade da proposta pelo decurso do prazo, pouco se adiantaria: caber-lhe-ia formular outra proposta ou procurar outro segurador? (...) Havia que fixar um regime de protecção*

Nesse sentido, a autarquia reguladora densificou o conteúdo da expressão legal “tempo suficiente”, ao dispor que o segurador possui 15 dias para manifestar sua recusa contratual. Assim, após o decurso desse hiato temporal, a proposta perde a eficácia. A solução confere segurança à negociação e está em conformidade com a normativa do Código Civil.

Além do efeito expirador, o silêncio pode gerar sanção que não a imposição contratual, mas a decorrente da cláusula geral de responsabilidade civil. A inércia prolongada é passível de agredir a boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código, como padrão de comportamento exigível inclusive na fase de tratativas negociais²⁵.

Nessa lógica, é expectável que o segurador, dentro de um lapso temporal razoável (que a autarquia reguladora normatizou em 15 dias), analise a proposta de contratação e não deixe o candidato a tomador demasiadamente à mercê da sua resposta. Tendo em conta a relevância do seguro na vida moderna, a conduta é passível de causar danos (morais e patrimoniais).

A consequência, todavia, é a responsabilidade civil, com base no art. 927 do CC²⁶.

ao tomador e, em simultâneo, que incentivar o segurador, quando em desacordo com a proposta, a manifestar-se (CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 707)

²⁵ A culpa *in contrahendo*, segundo Menezes Cordeiro, cobre três áreas: a dos deveres de proteção, a dos deveres de informação e a dos deveres de lealdade. A primeira, que ora nos interessa, obriga que um negociante não inflija danos à contraparte. (CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 583)

²⁶ A consequência indenizatória já foi, inclusive, reconhecida em sede jurisprudencial, como se percebe da ementa exemplificativa: *Reparação de danos morais. Recusa de proposta de seguro facultativo de veículo após o pagamento de primeira prestação. Representação acolhida na Susep impondo sanções administrativas à corretora e à seguradora pela falta do dever de informar e pela inobservância de prazo e da necessidade de atualização da quantia devolvida. Insegurança provocada no consumidor que o abala moralmente. Indenização fixada em quantia módica. Inocorrência de prescrição. Legitimidade passiva da corretora. Recurso parcialmente provido.* (TJRS. Recurso Cível nº 71000756015, Primeira Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul, Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 01/12/2005)

2.3 O silêncio do segurador e a jurisprudência

A compulsar a jurisprudência, é perceptível que a aplicação da Circular Susep nº 251/04, em que pese sua ilegalidade parcial (acima defendida), dá-se de forma acrítica²⁷. A convalidação do silêncio em aceitação, inclusive, foi orientação firmada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgado de 2014²⁸. O ponto questionável do acórdão encontra-se na fundamentação do ministro relator, pela qual os arts. 111 e 432 do CC permitiriam inferir que a aceitação tácita do segurador poderia ocorrer pelo decurso *in albis* do prazo de 15 dias, na forma da Circular Susep. Porém, não se pode extrair dos mencionados dispositivos do Código Civil a validade legal da consequência ao silêncio estipulada no ato normativo autárquico.

O Código, como relatado, prestigiou a praxe negocial a partir da qual se pode, em determinadas hipóteses, qualificar atos não expressos como emanação de intencionalidade relevante, o que somente pode ser concluído a partir da análise da realidade subjacente, e não de um ato de autoridade. Consoante explicada, a Circular fez mais do que regulamentar a prática.

²⁷ Ementas exemplificativas:

1) (...) 1 *A celebração do contrato de seguro pressupõe a aceitação da proposta pela Seguradora, seja de forma tácita ou expressa.* 2 - *A seguradora possui prazo de 15 (quinze) dias para aceitar ou não a proposta apresentada pelo proponente e a ausência de manifestação dentro desse prazo implica a aceitação tácita do risco, levando à celebração do contrato.* 3 – *Em outras palavras, presume-se aceita a proposta de seguro não recusada no prazo de 15 (quinze) dias, consoante Circular 47/80, art. 1º, § 2º, da SUSEP. (...) (TJBA. Apelação 0000077-28.2008.8.05.0191, Rel. Clésio Rômulo Carrilho Rosa, Segunda Câmara Cível, J. 29/05/2012, DJ 16/11/2012)*

2) (...) *A Circular nº 251/04, da SUSEP, que regula a aceitação da proposta e o início da vigência da cobertura nos contratos de seguro, estabelece que a seguradora dispõe de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da proposta, para manifestar-se, por escrito, acerca da mesma. Findo o prazo, sem manifestação da seguradora, configura-se a aceitação tácita da proposta, conforme dispõe o 6º do artigo 2º da referida Circular.* 3. *A ausência de notificação do segurado proponente acerca da recusa de sua proposta implica aceitação tácita desta última e obriga a seguradora ao pagamento do valor relativo ao evento coberto, em caso de ocorrência de sinistro. (...) (TJES, Apelação Cível, 11070143810, Rel. Samuel Meira Brasil Junior, Quarta Câmara Cível, J. 19/09/2011, DJ 04/10/2011)*

²⁸ A Corte condenou uma companhia de seguro automotivo a indenizar o tomador por sinistro ocorrido após o recebimento da proposta, mas antes do envio da apólice de seguro. No caso concreto, a recusa apenas ocorreu por conta do evento. A conclusão do julgado é correta. O segurador, após a vitória do automóvel, já havia autorizado o débito em conta do prêmio que foi, por

3. De lege ferenda: breves notas sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017

3.1 O silêncio do segurador e o PL nº 29/2017

Tramita no Congresso Nacional projeto de estatuto específico sobre contrato de seguros privados, hoje inexistente no país. Ele foi aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei – PL nº 3.555/2004) e

sua vez, concretizado. Houve, destarte, conduta apta a produzir uma vontade contratual, ainda que sujeita à condição suspensiva, pois o segurador poderia após recusar a proposta, mas a aceitação do prêmio, até que se consolidasse eventual recusa, é ato incompatível com a não cobertura securitária.

Segue parte da ementa com grifos ausentes na origem:

1. *O seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente de emissão da apólice - ato unilateral da seguradora -, de sorte que a existência da avença não pode ficar a mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de ter-se uma conduta puramente potestativa, o que é, às expensas, vedado pelo art. 122 do Código Civil;* 2. *O art. 758 do Código Civil não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva tal documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença;* 3. *É fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática, entre a corretora e o segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite, diretamente, a apólice do seguro, enviando-a ao contratante, juntamente com as chamadas condições gerais do seguro. Bem a propósito dessa praxe, a própria SUSEP disciplinou que a ausência de manifestação por parte da seguradora, no prazo de 15 (quinze) dias, configura aceitação tácita da cobertura do risco, conforme dispõe o art. 2º, caput e § 6º, da Circular Susep n. 251/2004;* 4. *Com efeito, havendo essa prática no mercado de seguro, a qual, inclusive, recebeu disciplina normativa pelo órgão regulador do setor, há de ser aplicado o art. 432 do Código Civil, segundo o qual “[s]e o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. Na mesma linha, o art. 111 do Estatuto Civil preceitua que “[o] silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Doutrina e precedente;* 5. *No caso, não havendo nenhuma indicação de fraude e tendo o sinistro ocorrido efetivamente após a contratação junto à corretora de seguros, ocasião em que o consumidor firmou autorização de pagamento do prêmio mediante débito em conta, se em um prazo razoável não houve recusa da seguradora, só tendo havido muito tempo depois e exclusivamente em razão do sinistro noticiado, há de considerar-se aceita a proposta e plenamente aperfeiçoado o contrato. Deveras, vulnera os deveres de boa-fé contratual a inércia da seguradora em aceitar expressamente a contratação, vindo a recusá-la somente depois da notícia de ocorrência do sinistro e*

se transformou no Senado Federal em Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017. O PL contempla regra específica sobre aceitação da proposta de seguro pelo silêncio, muito semelhante àquela da Circular Susep nº 251/04²⁹.

Segundo seu art. 52, caso o segurador não cientifique a recusa contratual ao proponente, a proposta será considerada aceita (*caput*). O contrato, nessa hipótese, será regido, no que não contrariar a proposta, *pelas condições contratuais previstas nos modelos depositados (...) no órgão de fiscalização de seguros (§ 2º)*.

3.2 Alguns pontos criticáveis do PL nº 29/2017

Algumas questões sensíveis emergem do texto do PL. Muitas delas são pertinentes também à Circular Susep nº 251/04, tendo em vista a proximidade de conteúdo. A primeira diz respeito ao prazo de 15 dias para manifestação sobre a proposta. Se o prazo é razoável para a maioria dos casos, sua fixação inflexível peca por dar tratamento uniforme a circunstâncias variadas.

exclusivamente em razão disso;(...)”. (STJ, REsp 1306367/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20/03/2014, DJ 05/05/2014)

²⁹ Art. 52. Recebida a proposta, a seguradora terá o prazo máximo de quinze dias para cientificar sua recusa ao proponente, ao final do qual será considerada aceita. § 1º Considera-se igualmente aceita a proposta pela prática de atos inequívocos, tais como o recebimento total ou parcial do prêmio ou sua cobrança pela seguradora. § 2º O contrato celebrado mediante aceitação tácita reger-se-á, naquilo que não contrariar a proposta, pelas condições contratuais previstas nos modelos depositados pela seguradora no órgão fiscalizador de seguros para o ramo e modalidade de garantia constantes da proposta, prevalecendo, quando mencionado na proposta o número do processo administrativo, o clausulado a ele correspondente vigente na época da contratação do seguro, ou o mais favorável ao segurado, caso haja diversos clausulados depositados e não exista menção específica a um deles na proposta. § 3º A seguradora poderá, no prazo de quinze dias do recebimento da proposta, solicitar esclarecimentos ou produção de exames periciais, e o prazo para a recusa terá novo início a partir do atendimento da solicitação ou da conclusão do exame pericial. § 4º Durante o prazo fixado no caput deste artigo, a seguradora poderá garantir provisoriamente o interesse, sem obrigar-se à aceitação definitiva do negócio. § 5º Os critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos devem promover a solidariedade e o desenvolvimento econômico e social, sendo vedadas políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial. § 6º Solicitadas as informações pelo proponente, a seguradora terá igual prazo para informar os motivos da recusa, desde que não importem prejuízos para terceiros. § 7º Se a seguradora não informar os motivos da recusa na forma do § 6º deste artigo, a proposta será considerada aceita.

A realidade subjacente pode exigir prazo inferior. Basta pensar em contratos para segurar riscos relacionados a evento delimitado pelo tempo. Por exemplo, um seguro-viagem, em que a viagem ocorrerá antes do término dos 15 dias. Ou, ainda, um seguro de transporte de mercadoria em que o prazo definido pela autarquia reguladora não findará, da mesma forma, antes do início da operação a que se objetiva cobrir os riscos. A observância do prazo, em razão justamente de sua generalidade, é insuficiente para resguardar a segurança jurídica da avença.

Demais disso, ao se estabelecer prazo unitário, deixa-se de diferenciar pessoas por grau de vulnerabilidade. Evidente a *ratio* de proteção que legitima a mitigação da autonomia privada do segurador por atribuir importância conclusiva ao seu silêncio. Se o encolhimento desse valor jurídico é aceitável e mesmo recomendável para a tutela da parte frágil (*v.g.*, consumidores), respaldado no desnível de poder negocial, não persiste tal justificação quando se está perante relação interempresarial marcada pela paridade de forças.

Outro aspecto a se destacar é que o prazo unitário desconsidera que eventualmente a complexidade e o vulto de determinado negócio podem justificar tempo superior de análise. Porém, o teor do PL não sufraga às partes viabilidade para estipularem de comum acordo prazo maior. Em contexto de relativa paridade, a ampliação do prazo não só deve ser admitida pelas razões já expostas, mas, às vezes, ela é mesmo imperativa em razão do objeto ou da relevância econômica do negócio³⁰.

3.3 Notas de direito comparado

Diferentemente do tratamento dado até então pelo PL da Câmara nº 29/2017, o Regime Jurídico do Contrato de Seguros português – RJCS, alhures aludido, leva em conta os pontos tratados nos tópicos anteriores.

Em razão da excepcionalidade da norma, o art. 27 do RJCS estabelece filtros para que o silêncio seja considerado eloquente. Por isso, há indicação de alguns elementos externos imprescindíveis para se concluir que o comportamento omissivo do segurador incutiu no tomador legítima confiança no resultado da declaração. A regra

³⁰ Imagine um seguro de construção cuja perquirição da proposta dependa da adoção de procedimento mais meticuloso por parte do peticionado-segurador, como, por exemplo, vistoria *in loco*. Para mitigar o problema, o PL admite que o segurar, no prazo de 15 dias do recebimento da proposta, solicite esclarecimento ou produção de exames periciais, e o prazo para a recusa terá novo início a partir do atendimento da solicitação ou da conclusão do exame pericial (§ 3º do art. 52).

somente é endereçada a propostas feitas por pessoas naturais. Parte-se do pressuposto de que a elas deve-se destinar especial tutela, em razão de sua vulnerabilidade habitual.

A legislação portuguesa também dá certa maleabilidade ao regime a depender do objeto do seguro negociado. A regra de vinculação compulsória não abarca seguros de grandes riscos, mas apenas seguros de massa. Naqueles, a complexidade e o maior vulto econômico do negócio justificam a maior deferência à liberdade negocial, com a viabilidade de se convencionar prazo mais largo para a análise da proposta contratual. E mesmo que as partes deixem de fixar prazo, a lei não determina que o silêncio seja convolado em anuência com a proposta.

O art. 27º/4 do RJCS lusitano afasta ainda a aceitação pelo silêncio do segurador quando ele demonstrar (com seu ônus probatório, portanto) que, *em caso algum*, celebra contratos com as características constantes da proposta³¹.

Cabe destacar que o regime português, ao impor a vinculação contratual, é até rigoroso se comparado aos demais ordenamentos jurídicos.

A VersVG austríaca (§ 1º a) condiciona esse efeito à falta de informação direcionada ao subscritor, no sentido de que o contrato apenas vigorará a partir do envio da apólice ou da aceitação pelo segurador. Caso seja observado esse ônus informacional, não subsistirá o surgimento compulsório do contrato, porquanto não se compreende haver quebra de confiança legítima na contratação³². Na França, o art. L. 1122/5 do *Code des Assurances* apenas comina esse valor ao silêncio às propostas contextualizadas em prévia relação contratual entre as partes³³. Em Luxemburgo e na Bélgica, por mais que se

³¹ A inércia prolongada, mesmo nessa hipótese, não deixa de ser violadora de um dever que ao segurador recai de diligência e de transparência (corolário da boa-fé) no sentido de se manifestar tempestivamente quanto ao formulário de risco. Por tal motivo, o dispositivo expressamente salvaguarda a possibilidade de que eventual dano decorrente da inação seja indenizado. Mas não conduz à solução extremista de se considerar celebrado o contrato.

³² ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *Contrato de seguros: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 228.

³³ *Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur*

determine um dever de resposta contratual em prazo de 30 dias, as leis especiais expressamente preconizam consequências circunscritas à responsabilidade civil somente³⁴. Nas leis alemã, espanhola e italiana sequer há normas semelhantes³⁵.

3.4 PL n° 29/2017 e filtragem constitucional

Como verificado no último tópico, o PL da Câmara n° 29/2017, caminha em direção bem diferente dos países dotados de legislação securitária madura. Ele é excessivamente inflexível e, de certo modo, nele é guarnecida uma pecha de inconstitucionalidade, por violação desarrazoada à autonomia privada e à livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Constituição). Ou seja, o preceito em comento apenas passaria pelo filtro de constitucionalidade, caso se compreendesse que seu endereçamento é restrito às relações consumeristas. Em relações interempresariais paritárias, não subsiste fundamento tutelar para limitação da autonomia privada. Assim, poderiam as

ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue. Sobre a inaplicabilidade do comando à subscrição voltada a um contrato novo, Cfr. GROUTEL, Hubert *et al.* *Traité du Contrat d'Assurance Terrestre*. Paris: LexisNexis, 2008, p. 312.

³⁴O art. 57, § 1º, da lei belga consagra o dever de resposta expedita do segurador (quer para recusar a contratação, quer para acenar positivamente quanto ao seu interesse contratual, quer ainda para solicitar alguma providencia etc). Ele fixa o prazo de 30 dias para a resposta. Caso inobservado esse prazo, o contrato não é formado automaticamente. Gera-se um dever de contratar. Entretanto, por opção legislativa, mesmo diante esse dever, não se admite ao Judiciário a sub-rogação da vontade da seguradora. Se ela não firmar a avença, responderá por perdas e danos. (*La proposition d'assurance n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat. Si dans les trente jours de la réception de la proposition, l'assureur n'a pas notifié au candidat preneur d'assurance, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer, il s'oblige à conclure le contrat sous peine de dommages et intérêts. Ces dispositions, ainsi que la mention selon laquelle la signature de la proposition ne fait pas courir la couverture, doivent figurer expressément dans la proposition d'assurance*). No mesmo caminho, o art. 9/1 da lei luxemburguesa (*“La proposition d'assurance n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat. L'assureur est obligé, sous peine de dommages et intérêts, de notifier au candidat preneur, dans les trente jours de la réception de la proposition, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer. Ces dispositions, ainsi que la mention selon laquelle la signature de la proposition ne fait pas courir la couverture, doivent figurer expressément dans la proposition d'assurance.*).

³⁵ ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *op. cit.*, p. 228.

partes negociantes convencionarem prazo diverso de 15 dias para a manifestação do segurador.

Por igual razão, nessas relações paritárias, a própria sanção de constituição avoluntarista do contrato se revelaria inconstitucional, tendo em vista ser consequência gravosa carecedora de respaldo na necessidade de proteção de vulnerável.

Insta, por fim, destacar que a inflexibilidade da redação do Projeto gera um problema que foi considerado pelo legislador português. Este último, consoante já explanado, afasta a formação do contrato pelo silêncio quando falta congruência entre a atividade do segurador e o risco encartado na declaração inicial expedida pelo proponente. Em outras palavras, não se forma o contrato quando o segurador demonstra objetivamente que o risco exteriorizado no formulário inicial foge àqueles a que ele se dispõe a cobrir.

Isso pode ocorrer por duas razões: ou por conta da postura usual da companhia, que se infere da composição da sua carteira de clientes; ou, ainda, por conta de sequer fazer parte de seu objeto social. Essa atribuição negativa, destarte, não é necessário fruto de deliberação empresarial discricionária, mas advém inclusive de impeditivos jurídicos: falta de atendimento aos requisitos legais e regulamentares para atuar em determinado ramo securitário ou limites ligados à solvabilidade da sociedade (capacidade financeira para arcar com eventuais indenizações). Em todas as situações, em hipótese alguma o segurador aceitaria contratar.

É o caso de segurador de automóveis dedicado ao segmento de veículos populares que recebe proposta objetivada a veículo de luxo em cujo ramo ele sequer possui expertise. Ou, ainda, um formulário propositivo para seguro de dano marítimo que indica medidas de arqueação de embarcação superiores ao teto estipulado pela companhia.

Em casos como esses, conferir ao silêncio o caráter de aceitação vai contra a lógica mutualista do seguro, a qual pressupõe uma coletividade de pessoas detentoras de risco em comum³⁶. Ou pode ter o condão de estabelecer compulsoriamente um contrato que a companhia não poderia celebrar por imperativos legais (*v.g.*, ausência de consentimento da Susep). Também uma peculiaridade no risco pode afastar a legítima expectativa de que a inércia se traduza na vontade de contratar.

³⁶ SHIH, Frank Larrúbia. *Os Princípios do Direito Securitário*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2002, p. 13.

Evidente que o silêncio, mesmo aqui, é passível de agredir a boa-fé. A consequência adentra no campo da responsabilidade civil condicionada aos seus requisitos. Mas, em outra ponta, o preenchimento compulsório da vontade da companhia se traduz medida extrema e violadora do núcleo duro da autonomia privada³⁷.

4. Conclusão

O contrato de seguro é daqueles notadamente acondicionados por normas restritivas da liberdade, voltadas aos diversos momentos do negócio jurídico, inclusive o das tratativas. O direito à recusa de contratar pelo segurador, nesse contexto, encontra freios, inclusive quanto ao tempo para a tomada da decisão negatória e para a respectiva comunicação.

Contudo, a atribuição de valor de aceitação ao silêncio depende da análise casuística da conjuntura fática e da prática social. Outra hipótese para respaldar essa imputação seria a previsão expressa em lei.

A Circular Susep nº 251/04, entretanto, ao estabelecer que a ausência de manifestação, por escrito, do segurador dentro dos 15 dias *caracteriza aceitação tácita da proposta*, não encontra amparo na lei.

Quanto à consequência do silêncio, a Circular é formalmente ilegal. A autarquia extrapolou seu poder regulamentar, tendo em vista que esse efeito conclusivo do silêncio não se infere da lei em sentido estrito. Em verdade, a Circular baralha silêncio e aceitação tácita, os quais, porém, são fatos jurídicos diversos. Na realidade, tenciona o ato normativo, a despeito da ausência de autorização legal, sancionar o silêncio com a imposição contratual. Por isso, em obséquio ao princípio da legalidade, a inércia da companhia de seguro, à luz do atual cenário legislativo, apenas gera consequências indenizatórias, condicionadas ao dano.

A jurisprudência aplica, contudo, de forma acrítica a Circular Susep.

O Projeto de Lei nº 29/2017, por outro lado, contém dispositivo semelhante ao da Circular Susep nº 251/04. Mas, assim como a Circular, ele peca no conteúdo pela inflexibilidade do regime e por seu endereçamento injustificado a relações interempresariais paritárias.

³⁷ Sobre críticas à inflexibilidade do PL da Câmara nº 29/2017 (na época, PL 3.555/2004), Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho de. *op. cit.*, p. 229.

Nesse sentido, o regime atual do PL é significativamente mais gravoso do que os presentes nos países com legislação avançada sobre seguro.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *Contrato de seguros: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2009

ALPA, Guido. *Il Contratto in generale*. Milão: Giuffrè Editore, 2014.

ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIUZA, Ricardo (coord.) *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Ascensão, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BONNARD, Jérôme. *Droit des Assurances*. 5. ed. Paris: LexisNexis, 2016.

CAMARGO S, Mário De. In: MACHADO, Costa (org.). *Código Civil Interpretado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2014.

CANDIAN, Aurelio Donato. *Il Progetto di Legge Brasiliano n. 3555/04 di Reforma della Disciplina sul Contrato di Assicurazione. Luci e ombre*. In: *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n. 4, p. 1115-1125, 2004.

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

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2016.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. contrato: teoria geral e contratos em espécie*. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GROUTEL, Hubert et al. *Traité du Contrat d'Assurance Terrestre*. Paris: LexisNexis, 2008.

MARIGHETTO, Andrea; MACEI, Demetrius Nichele. *O Significado do Silêncio nas Relações Obrigacionais*. Disponível em < https://www.researchgate.net/publication/301687775_O_significado_do_

silencio_nas_relacoes_obrigacionais_The_meaning_of_silence_in_binding_obligations>. Acesso em: 01 nov. 2019.

MARTINEZ, Pedro Romano; TORRES, Leonor Cunha; OLIVEIRA, Arnaldo Costa; [et al]. *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011

MONTI, Alberto. *Buona fede, trasparenza e doveri di informazione nel progetto di legge n. 3555/04 per la riforma del diritto dei contratti di assicurazione in Brasile. Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n. 4, p. 1153-1175, 2004

POÇAS, Luís. *O dever inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SHIH, Frank Larrúbia. *Os Princípios do Direito Securitário*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2002.

TZIRULNIK, Ernesto. *PLC nº 29/2017: principais aspectos e perspectivas*. Faculdade de Direito da UERJ – 13 de setembro de 2018. *Revista Brasileira de Direito Civil*. RBDCivil. Belo Horizonte, v. 18, p. 235-241, out./dez. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. v. III. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. *A Conclusão do Contrato pelo Silêncio*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.) *Direito Civil: direito patrimonial, direito existencial*. São Paulo: Método, 2006.

COVID-19 e o seguro de lucros cessantes

Gustavo Palheiro Mendes de Almeida*

Resumo: A paralização de negócios por determinação do poder público em razão dos efeitos do COVID-19 promoveu condições favoráveis para o acionamento da cobertura de lucros cessantes em seguros patrimoniais, quando contratados. Diversos segurados e corretores têm dúvidas se suas apólices preveem ou não tal cobertura. Dentre as distintas possibilidades de elaboração deste clausulado, a doutrina internacional e nacional, assim como casos judicializados no mundo, podem auxiliar a compreender e ilustrar o alcance que alguns termos-chave podem adotar nos contratos diante da atual pandemia.

Abstract: Business interruption imposed by civil authorities shutdowns due to the effects of COVID-19 promotes favorable conditions for triggering the coverage of lost profits in property insurance, when contracted. Several insurance companies and brokers have questions about whether their insurance policies cover this event or not. Among the different possibilities of preparing this policies, the international and national doctrine, as well as judicial cases in the world can help and understand and illustrate the scope of some key terms that can be adopted in the contracts exposed to the current pandemic.

Palavras-chave: Seguros, COVID-19, lucro cessante, interrupção de negócios, cobertura, jurisprudência, casos internacionais, doutrina, dano físico, dano material, dano patrimonial.

Keywords: Insurance, COVID-19, loss of profit, business interruption, coverage, jurisprudence, international cases, doctrine, physical damage, material damage, property damage.

Introdução

Nenhum acontecimento dominou as pautas sanitária e social e afetou tanto as economias nacionais e mundial como a doença COVID-19¹. O impacto da maciça disseminação do vírus alcançou

* Advogado, bacharel pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sócio do escritório Ernesto Tzirulnik - Advocacia (ETAD).

¹ Disponível em: <https://emedicine.medscape.com/article/2500114-overview>. Acessado em: 07/05/2020.

rapidamente proporções pandêmicas², com taxas de infecção ainda crescentes em diversos países, especialmente no Brasil³. Tem sido um grande desafio para os sistemas de saúde, público e privados. Conforme apontou Armando Castelar (IBRE/FGV e UFRJ), em meados de abril o Brasil constava na 14ª posição entre os países com maior número de casos confirmados⁴. Em meados de maio de 2020 já havia atingido a trágica marca de mais de 241 mil casos confirmados e mais de 16 mil mortes, um crescimento em torno de 86% em relação ao mesmo período do mês anterior⁵. Neste momento, Brasil ocupa o sexto lugar na lista dos países com maior número de mortes em razão do COVID-19⁶.

Os poderes públicos estaduais e municipais vêm promovendo medidas de isolamento social, e o governo federal encontra-se praticamente inerte. Indivíduos, empresas, regiões e cidades inteiras estão em quarentena obrigatória ou fortemente recomendada. As pessoas são orientadas a permanecer em casa por tempo ainda indeterminado para evitar o contágio e desacelerar a disseminação da doença letal. Quase todos os setores econômicos foram bastante prejudicados.

O setor de seguros, que exerce papel social relevantíssimo para evitar ou amenizar as perdas frente aos acidentes contemporâneos, ocupa lugar importante no combate aos efeitos da pandemia. Os riscos de perdas patrimoniais, inclusive as estritamente financeiras ocorridas na circunstância de pandemia são seguráveis, pois não ofendem a ordem pública, nem fazem desaparecer a álea essencial aos sinistros.

Seguradoras e resseguradoras já se mobilizaram para indenizar aos organizadores de grandes espetáculos e eventos esportivos, que haviam contratado apólices com cobertura de pandemia. São exemplos o adiamento das Olimpíadas de Tóquio, com prejuízos

² Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812 . Acessado em: 07/05/2020.

³ Disponível em: <https://emedicine.medscape.com/article/2500114-overview> .

⁴ Disponível em: <https://www.armandocastelar.com/index.php/pt/blogp>. Acessado em: 14/04/2020.

⁵ Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em: 18/05/2020.

⁶ Disponível em: <https://istoe.com.br/brasil-registra-674-mortes-por-coronavirus-em-24h/> . Acessado em: 18/05/2020.

estimados em US\$ 2,6 bilhões, e o cancelamento do torneio Grand Slam de Wimbledon, com indenizações pagas que alcançaram mais de US\$ 142 milhões⁷.

As seguradoras foram chamadas a indenizar perdas indiscutivelmente cobertas e outras contratualmente polêmicas, em razão dos termos vagos e imprecisos das apólices. O problema central recai sobre os riscos empresariais.

Segurados e corretores têm questionado se os seguros patrimoniais que garantem lucros cessantes, também denominados seguro de interrupção de negócios, poderiam ser acionados para indenizar perdas decorrentes da imprevisível e imprevista paralização de negócios resultante do enfrentamento da Covid-19. As soluções dependerão do estipulado em cada contrato. Entretanto, precisões conceituais podem auxiliar a ver o mundo que se desvela nas apólices comercializadas.

As apólices de seguros patrimoniais muitas vezes “coisificam” o conceito de dano material, definindo-o de modo a restringi-lo ao dano físico à propriedade⁸. A questão que aqui se coloca é como a exigência de dano físico à propriedade para a cobertura de seguros patrimoniais com cobertura de lucros cessantes, sendo estes causados na circunstância do COVID-19, pode adotar contornos semânticos flexíveis, diante da avaliação de sua validade jurídica e da redação conferida aos clausulados padronizados pelas seguradoras.

Considerando que segundo o velho princípio *in dubio pro securado* qualquer dúvida sobre a semântica do contrato de seguro deve ser resolvida em favor do segurado e dos beneficiários, mesmo vetor que a nossa lei determina. Seja seguindo na intervenção administrativa

⁷ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/empresas-tentam-reduzir-prejuizos-ao-adiar-megaeventos.shtml>. Acessado 20/05/2020.

⁸ A esse respeito, cf. TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 164 e ss. TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o coronavírus e os seguros privados*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/covid19-seguros.pdf>. Acesso em 20.05.2020. Há apólices que não utilizam o conceito de “dano físico” e utilizam a expressão “dano material” que na técnica jurídica é sinônimo de “dano patrimonial”, embora alguns léxicos particulares do setor de seguro resistam a aceitar a equivalência de significado. Estas apólices estão mais expostas ao risco de indenização de lucros cessantes “puros”, ou seja, independentemente de qualquer outro dano, pois o lucro cessante pode caracterizar-se como um dano patrimonial e material.

(Decreto Lei nº 73/66, art. 2º), hoje no direito obrigacional em geral por meio da regra do artigo 423 do Código Civil, é de se esperar que as seguradoras que pretendam restringir suas coberturas tenham o máximo cuidado com a redação dos seus clausulados e prestem o máximo esclarecimento a respeito das limitações da cobertura aos que desejem com elas contratar. Infelizmente, essa conformidade com as devidas práticas contratuais em sede de contratos por adesão nem sempre é adotada. Não é incomum as apólices sequer passarem pelos consultores e assessores jurídicos das seguradoras, internos e externos, limitando-se a traduções mal ajambradas, revisadas apenas pela área comercial. Ora o pêndulo da exegese permite uma coisa, ora poderá vir a permitir outra absolutamente inversa. Vejam o que já aconteceu na nossa história, por exemplo, com a insistência de utilizar a expressão “dano pessoal” e nela querer enxergar apenas o “dano corporal físico”. Durante anos assim foi até que a ideia de dano a pessoa tornou-se mais bem conhecida e as seguradoras tiveram de também pagar o dano moral na cobertura de dano pessoal.

Além da clareza, os contratos devem ser funcionais. Todos sabemos que as disposições leoninas são facilmente invalidadas, especialmente se o direito de incidência é, como o nosso direito obrigacional privado, regido pela boa fé objetiva, pela funcionalidade social e limitado contra desvios da socialidade.

O Direito exige sistema, e as normas jurídicas, sejam legais, sejam contratuais, precisam de clareza, sob pena de produzirem resultados distintos dos almejados por aqueles que formularam os comandos: sejam os legisladores, sejam as partes de um contrato, sejam os julgadores que formulam regras que deverão ser executadas.

Se é assim com os contratos paritários, o que dizer dos contratos de seguro, necessariamente padronizados e essencialmente sujeitos à decisão binária – aceitar ou não – do segurado?

Contratos, clausulados, propostas, e outros documentos mal escritos são objeto de discussões corriqueiras do âmbito jurídico mundial. Tratam-se de polêmicas universais. Definitivamente não falamos de “jabuticabas”. Para ficar num só exemplo, lembre-se o sinistro das torres gêmeas, cuja, discussão foi originada por particularidades redacionais potencializando a polêmica sobre terem-se caracterizado um ou dois eventos. Uma dúvida de U\$ 3,5 bilhões⁹.

⁹PALHEIRO, Gustavo. *A Arte de Elaborar o Contrato*. ENS, 2015. Disponível em:

Espero que este artigo seja compreendido como uma contribuição para a estabilidade das torres dos segurados e das seguradoras e não como um ataque a estas. O seguro não é um negócio entre divergentes, mesmo porque, ainda que de forma mediata, a ideia de mutualidade, comunidade e solidariedade não só ajuda a melhor caracterizar a operação empresarial de seguro (resseguro e retrocessão), como penetra em todos os tipos de contrato de seguro.

Um dos maiores pensadores do nosso tempo, Edgar Morin, falando sobre o nosso tema – Covid-19 em condição de pandemia –, adverte que sempre *tentamos nos cercar com o máximo de certezas, mas viver é navegar em um mar de incertezas, através de ilhotas e arquipélagos de certezas nos quais nos reabastecemos*.¹⁰ Ele também acentua que *o conforto intelectual e o hábito têm horror das mensagens que os incomodam*.¹¹

Pois, bem, ainda que este artigo possa causar certa estranheza, diante das convicções de muitos agentes do mercado de seguro, procura-se pisar naquilo que é sólido para mostrar as incertezas da navegação contratual e contribuir com as novas discussões. Para alcançar esse objetivo, identificar-se-ão alguns pontos de atenção aplicáveis às apólices comercializadas no Brasil à luz das demandas judiciais havidas nos diferentes mercados internacionais, considerando a doutrina nacional, internacional e as especificidades do nosso ordenamento jurídico.

1. O contexto internacional

Recentemente, os Presidentes da França e dos Estados Unidos conclamaram publicamente as seguradoras a pagarem pelos lucros cessantes causados pela interrupção de negócios em razão da pandemia da COVID-19. Emmanuel Macron salientou que o setor segurador

<https://prezi.com/jihdhmppyvgr/reflexoes-a-arte-de-elaborar-o-contrato-6a-edicao-escola-nacional-de-seguros-funenseg-30092015/> ; https://www.ens.edu.br/arquivos/30.09_alexandre_mandaji_seminario_de_resseguro.pdf . Acessado 23/05/2020.

¹⁰ Disponível em <https://www.voicers.com.br/pandemia-isolamento-social-para-edgar-morin-as-certezas-sao-uma-ilusao/>. Acessado em 20/05/2020.

¹¹ Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Sociedade-e-Cultura/Edgar-Morin-Essa-crise-nos-leva-a-questionar-nosso-modo-de-vida-nossas-reais-necessidades-mascaradas-nas-alienacoes-da-vida-cotidiana-/52/47272>. Acessado em 25/05/2020.

precisaria “se fazer presente” para estabilizar a economia,¹² provocação convergente com a de Donald Trump, ambos logicamente referindo-se a:

*Existem pessoas que nunca utilizaram o seguro de lucro cessante e mesmo assim pagam há muitos anos as suas apólices. **E quando finalmente precisam, a seguradora diz “nós não vamos pagar”, [...] Não podemos deixar isso acontecer.** [...] Eu gostaria que as seguradoras pagassem o que precisam pagar, se for justo.*¹³ⁱ

A relevância da matéria para todos aqueles que lidam com os contratos de seguro, sejam os segurados ou as seguradoras, os intermediários ou a Administração Pública, os beneficiários ou os resseguradores, é dilatada pelo fato de a interrupção de negócios ser o segundo maior risco a que as empresas estão expostas em âmbito mundial, e o risco nº 1 para as empresas que operam no Brasil, segundo o estudo internacional “Allianz Risk Barometer 2020”, que se baseou em entrevistas feitas com 3 mil executivos do setor de seguros de 102 países.¹⁴ Em paralelo, também foi identificada como a mais significativa perda financeira diante da pandemia de COVID-19 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

***As perdas mais significativas serão decorrentes dos fechamentos de negócios e interrupções na cadeia de suprimentos** - e muitas dessas perdas provavelmente não estarão seguradas. Será necessária a intervenção do governo para preencher essa lacuna de proteção.*¹⁵ⁱⁱ

¹² Disponível em: <https://insurancejournal.com/news/international/2020/04/28/566595.htm>. Acessado 20/05/2020

¹³ Tradução livre, grifos nossos. Disponível: <https://www.foxbusiness.com/lifestyle/trump-insurers-coronavirus-business-coverage-gray-area>. Acessado 20/05/2020.

¹⁴ Allianz Global Corporate & Specialty SE. *Allianz Risk Barometer Results Appendix 2020: Based on the insight of 2,718 risk management experts from 102 countries and territories*. Janeiro, 2020. Munich, Germany. Disponível em: <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/Allianz-Risk-Barometer-2020-Appendix.pdf> . Acessado 05/05/2020. pp. 2, 14.

¹⁵ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Initial assessment of insurance coverage and gaps for tackling COVID-19 impacts*. Abril, 2020. p. 2. Disponível

A imprensa internacional já vem noticiando a deflagração de demandas judiciais sobre o tema. É o caso do restaurante French Laundry, na Califórnia, dentre outros.¹⁶

Sob a perspectiva dos ordenamentos jurídicos, diversos países têm dedicado parte das agendas legislativas a projetos de lei para tornar compulsórias determinadas coberturas relacionadas a pandemias, com incidência, inclusive, sobre os contratos em vigor.

O Senado Federal brasileiro, por votação unânime, aprovou o PL nº 2.113/2020 para inclusão das mortes decorrentes da pandemia de coronavírus na cobertura de todos os seguros de vida e invalidez permanente, assim como para os seguros e planos de saúde. Os contratos não poderão conter restrição a qualquer doença ou lesão decorrente de emergência de saúde pública (Lei 13.979, de 2020).

Especificamente sobre os seguros patrimoniais com cobertura de lucros cessantes, os Estados de Nova Jersey (Bill A-3844 de 16/03/2020)¹⁷ e de Massachusetts (Bill S.2655 de 06/04/2020)¹⁸ estão discutindo legislações locais que obrigam as seguradoras a cobrir perdas relacionadas ao COVID-19.

Em resposta aos movimentos estatais e legislativos, a Global Federation of Insurance Associations (GFIA) publicou uma declaração sobre como os governos deveriam implementar medidas de urgência em resposta ao COVID-19, dentre os pontos suscitados, destaca-se:

Garantir a estabilidade financeira do setor de seguros é vital. Sem ela, as seguradoras não poderão continuar a responder à crise ou honrar suas obrigações com os segurados de acordo com as apólices

em: <https://www.oecd.org/finance/Initial-assessment-of-insurance-coverage-and-gaps-for-tackling-COVID-19-impacts.pdf>. Acessado em: 20/04/2020.

¹⁶Disponíveis em: <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/thomas-keller-lawsuit-coronavirus-losses/index.html> ; <https://www.wsj.com/articles/pressure-mounts-on-insurance-companies-to-pay-out-for-coronavirus-11585573938>; <https://www.wsj.com/articles/new-orleans-restaurant-kicks-off-coronavirus-insurance-coverage-litigation-11584631384>. Acessados em: 10/05/2020.

¹⁷Disponível em: <https://www.whiteandwilliams.com/pp/alert-5415.pdf?25840>. Acessado em: 18/05/2020.

¹⁸Disponível em: <https://malegislature.gov/Bills/191/SD2888> . Acessado em: 18/05/2020.

*existentes. Nossa indústria está comprometida em ajudar os governos a atender às necessidades financeiras de cidadãos e empresas. No entanto, quando a cobertura de pandemias e outras causas de perdas não forem incluídas nas apólices existentes ou refletida nos prêmios pagos, exigir que as seguradoras cubram essas perdas retroativamente poderia ameaçar seriamente a estabilidade do setor de seguros global.*¹⁹ⁱⁱⁱ

As declarações de ameaça à solvabilidade do sistema de seguros podem ou não ser verdadeiras ou, simplesmente, comprováveis. Isso com maior ênfase em países, como o nosso, que têm custos comerciais tão elevados que se, algumas vezes, fossem reduzidos, permitiriam absorver os excedentes de sinistralidade.

Em razão da relevância do tema, serão tecidas considerações preliminares sobre os seguros que cobrem lucros cessantes e outros prejuízos (melhor: necessidades econômicas) causados pela redução ou interrupção de negócios para, em seguida, apresentar-se considerações sobre o alcance semântico de termos-chaves e possíveis impactos na cobertura vinculada ao COVID-19.

2. A Apólice de Lucro Cessante e o Legítimo Interesse Segurado:

De acordo com Diane Jenkins (Chartered Insurance Institute), o propósito da apólice patrimonial de lucros cessantes é compensar a perda do fluxo de caixa, dos lucros e rendimentos da empresa segurada com base nos resultados econômicos prováveis, caso o evento segurado não houvesse ocorrido. Observa que, embora não seja incomum nas apólices a exigência de danos físicos à propriedade para que incida a cobertura de lucros cessantes, o seguro é plenamente compatível com a contratação de uma ampla gama de outras coberturas acessórias ou estendidas, inclusive, para o caso de um surto de uma doença humana ou uma ameaça de bomba que dessem causa para acionar o gatilho da cobertura:

As apólices de lucro cessante protegem o fluxo de caixa e os lucros dos negócios. Seu objetivo é colocar o segurado, após a perda, na mesma posição que ele estaria se ela não tivesse ocorrido - isso significa que a indenização de seguro é ajustada levando em consideração as tendências gerais dos negócios.

[...]

¹⁹ Tradução livre, grifos nossos. Disponível em: <https://gfaiinsurance.org/news/320/gfia-statement-on-covid-19>. Acessado em: 18/05/2020.

A intenção de uma apólice de Lucro cessante (BI) é manter a rotatividade dos negócios durante o período de indenização securitária após um incidente segurado, para que a empresa possa retomar sua operação no nível previsto caso a perda não tivesse ocorrido.

[...]

A cobertura geralmente se limita à interrupção que seja resultado de danos segurados que tenham ocorrido em instalações pertencentes ou ocupadas pelo segurado. Existem várias extensões de apólices que podem incluir outras causas de interrupções por danos ocorridos em instalações utilizadas por vizinhos, fornecedores, clientes, prestadores de serviços ou outros terceiros, do segurado. Além disso, a apólice pode ser estendida para cobrir perdas causadas por eventos como o surto de uma doença humana ou o medo de ataque de bomba que afete as instalações do segurado.^{20iv}

Outra cobertura adicional também possível de ser contratada é aquela que prevê a indenização de lucros cessantes em razão da ruptura na cadeia de suprimentos do segurado. Trata-se de cobertura que é acionada quando há paralização do negócio do fornecedor, causando lucros cessantes ao segurado. É cobertura que respondeu aos problemas vividos, por exemplo, pela indústria farmacêutica, quando ocorreu a interrupção na cadeia de fornecimento de insumos²¹ e pela Apple, quando houve paralização das fábricas chinesas de componentes.²²

No mercado brasileiro, até o advento da Portaria nº 17, em junho de 1963, editada pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (Portaria DNSPC 17/63), não havia uniformidade nos modelos de proposta, apólice, condições gerais ou tarifa de seguros de lucros cessantes. Embora o ato normativo tenha inovado neste ponto, já então sobreveio uma tentativa de inserir na experiência securitária brasileira a ideia segundo a qual seria necessário o dano físico para que atuasse a cobertura de lucros cessantes:

²⁰ Tradução livre, grifos nossos. JENKINS, Diane. *Business Interruption Insurance*. 20 March 2020. Disponível em: <https://www.cii.co.uk/fact-files/insurances/business-interruption-insurance/#>. Acessado em 12/05/2020.

²¹ Disponível em: <https://www.marketplace.org/2020/02/26/prescription-drug-supply-could-be-hit-coronavirus-pandemic/>. Acessado em 12/05/2020.

²² Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/17/technology/apple-coronavirus-economy.html>. Acessado em 12/05/2020.

*[...] prejuízos resultantes da interrupção ou perturbação no giro de negócios do Segurado, causada pela ocorrência dos eventos cobertos, nos locais mencionados na apólice, desde que qualquer dos bens móveis ou imóveis nesses locais venha a ser danificado ou destruído em consequência dos mesmos eventos.*²³

Ao longo da Era da Informação, notadamente, a partir da década de 1970,²⁴ iniciou-se um amplo debate internacional sobre quais seriam os contornos do conceito de dano físico em relação ao interesse segurado.²⁵ Conquanto a noção de “dano indenizável” em apólices de lucro cessante tenha sido historicamente construída no Brasil sobre a noção de “dano físico” (dano tangível, corpóreo), a ideia de tangibilidade, bem como a de propriedade, desgarraram-se no Direito e ambas parecem hoje estar assentadas em lesão a interesse, como, aliás, expressa o artigo 757, ao definir o contrato de seguro. A ideia de redução dos ativos, que não são sempre tangíveis assume o protagonismo.

²³ Condições Gerais, 1ª) Objeto do Seguro, Portaria DNSPC 17/63. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=25816>; Acessado em 12/05/2020.

²⁴ De acordo com Manuel Castells, a evolução tecnológica, que marcou o início da Era da Informação, reconfigurou as relações sociais, tornando-as interconectadas, o que alterou por si só as dinâmicas de poder, assim como transformou a economia, a sociedade e a cultura. O autor defende que a geração de riqueza passou a depender da informação, do conhecimento e da capacidade tecnológica de processar informação e gerar conhecimento. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz & Terra. 2009; CASTELLS, Manuel. *O poder a identidade*. São Paulo: Paz & Terra. 2018; e CASTELLS, Manuel. *O fim do milênio*. São Paulo: Paz & Terra. 2018.

²⁵ Na experiência brasileira, a ideia de dano físico não se formou como praxe dominante. Referindo-se ao seguro de riscos de engenharia e os seguros de riscos operacionais, Ernesto Tzirulnik mostra que nossas apólices, durante os anos 80 e 90 acomodavam-se à teoria do interesse, cujos contornos amadureceram na doutrina internacional no início do século XX, embora no ordenamento positivo brasileiro somente tenha ganho sede definitiva no início deste milênio, com o art. 757 do Código Civil, de forma a expressarem as apólices, em geral, o seguinte: *a Seguradora se obriga a indenizar o segurado pelas avarias, perdas e danos materiais, decorrentes de acidentes de origem súbita e imprevista, causados aos bens descritos nesta apólice....* Registra, ainda, que nos anos 1990, contudo, passaram surgir apólices referindo-se expressamente a “danos físicos”, o que acabou migrando para textos normativos, inclusive para o padrão do então ressegurador monopolista, pouco antes da abertura do mercado de resseguro feita pelo Decreto Lei nº 126/2007 e regulamentações posteriores. (TZIRULNIK, Ernesto, Seguro de riscos de engenharia..., cit., pp. 164 a 193.)

Reflexo dessa mudança de paradigma²⁶ é a Circular SUSEP nº 560 de 2017 (Circular SUSEP 560/17) que revogou a Portaria DNSPC 17/63 e suas alterações²⁷. Contornos mais flexíveis foram instituídos para o seguro de lucro cessante à medida em que a exigência legal do dano físico foi suprimida, conforme indica o artigo 2º do anexo do novel normativo:

*O objetivo do seguro de Lucros Cessantes é garantir uma indenização pelos prejuízos resultantes da interrupção ou perturbação no movimento de negócios do segurado, causada pela ocorrência de eventos discriminados na apólice.*²⁸

Mais do que liberalizar o mercado, Carlos Alberto de Paula (Diretor da SUSEP), em voto proferido na qualidade de membro do Conselho Diretor da autarquia, sustentou que a finalidade da Circular SUSEP 560/17 é, respeitando a livre iniciativa, romper com o gatilho restritivo de cobertura securitária atrelada ao dano físico, em coerência sistemática com a moderna aceção do disposto no Código Civil:

5. Ademais, diversas Circulares que normatizam o ramo de seguro Lucros Cessantes encontram-se também ultrapassadas em relação aos atuais normativos gerais que regulamentam os planos de seguros de danos, além do próprio Código Civil.

[...]

8. Para a elaboração da presente minuta, foram verificadas as principais coberturas oferecidas pelas seguradoras que operam com seguro de Lucros Cessantes. Cabe destacar que ao elencar tais

²⁶ Conforme explica Miguel Reale, [...] o Direito estará sempre presente, qualquer que seja a ordenação das forças econômicas. Por outro lado, quando uma nova técnica de produção determina a substituição de uma estrutura jurídica por outra, a nova estrutura repercute, por sua vez, sobre a vida econômica, condicionando-a. Há pois, entre Economia e Direito uma interação constante, não se podendo afirmar que a primeira cause o segundo, ou que o direito seja mera “roupagem ideológica” de uma dada forma de produção. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

²⁷ Circular 56/70, Circular 6/71, Circular 49/71, Circular 12/72, Circular 29/72, Circular 36/73, Circular 27/74, Circular 46/77, Circular 21/78, Circular 24/88, Circular 26/88.

²⁸ Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=41410> . Acessado 10/05/2020.

*coberturas, o normativo proposto não objetiva criar uma padronização do seguro de Lucros Cessantes. Pelo contrário, a intenção é permitir que as seguradoras estabeleçam seus próprios clausulados, diferente dos normativos atualmente em vigor que estabelecem condições contratuais padronizadas.*²⁹

Como efeito desse ato normativo, é possível considerar ultrapassada a exigência dogmática de manifestação de danos físicos para o funcionamento a cobertura de lucros cessantes. Não apenas porque a ideia de interesse é central para a utilidade dos seguros e na própria lei, mas também porque se verifica que a experiência securitária brasileira – e de outros países – há muito labora pelo afastamento dessa exigência, conduzindo à flexibilização regulatória, que sempre vinha a reboque da praxe dos negócios, para reconhecer a regularidade da contratação da cobertura de lucros cessantes autônoma.

É especialmente relevante a doutrina do interesse. Focada nas relações securitárias, a teoria do interesse elaborou-se entre o final do século XIX e o início do século XX. Embora nosso Código civil de 1916 a tenha sublimado, na Lei Alemã de 1901 ela já se havia assentado, assim como na doutrina internacional. Atualmente, encontra assento legal no *caput* do artigo 757 do Código Civil:

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.

Entende-se como interesse a relação econômica entre o segurado e um bem da vida qualquer (coisa, direito, a própria pessoa que estipula um seguro ou terceiro etc.). A legitimidade do interesse é requerida para defender a ordem pública (não se asseguram os riscos do agente de crime doloso) e a casualidade do sinistro (álea). Considerado elemento fundamental do contrato de seguro, o interesse é reconhecido pela doutrina nacional³⁰ e

²⁹ Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=5&codigo=41410> . Acessado 10/05/2020.

³⁰ Ver, dentre diversos outros: TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flavio Queiroz de Bezerra e PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Roncarati, 2016, pp. 47-57. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Teoria do Interesse, engineering e o dano físico no seguro de danos* in I Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça e VI Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” do IBDS. São Paulo: IBDS – Roncarati, 2015, pp. 183 e

estrangeira³¹ como a ideia de relação entre uma necessidade de uma pessoa e um bem (em sentido lato, de utilidade) julgado capaz de satisfazer tal necessidade.³²

Segurado é o titular direto do interesse garantido. Normalmente é ele o contratante do seguro e seu beneficiário; existem casos, entretanto, em que o seguro é contratado por ou liquidado em favor de quem titulariza apenas interesse indireto sobre a garantia.³³ O que se assegura não é propriamente o bem, razão porque, nas expressões seguros de bens ou seguros de coisas e seguro de responsabilidade, há elipse. O que se assegura é o status quo patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo. Assim, há o seguro contra incêndio, o seguro de vida, o seguro de responsabilidade, que é o seguro para indenizar o que resulte de dívida ou obrigação que nasça ao segurado [...].³⁴

Conforme explica Valeria Lorenzi (jurista italiana) ao analisar a Teoria do Interesse, o seguro garante o legítimo interesse e não o bem da vida sobre o qual ele recai, projetando-se para uma diversidade de sujeitos de direito e efetivando a própria função social deste contrato:

O conceito de interesse foi reformulado pela teoria indenitória moderna. O interesse é normalmente considerado uma relação de natureza econômica entre um sujeito e um bem. O risco é a possibilidade de lesão do interesse; o dano, a lesão do interesse. A prestação do seguro é voltada ao ressarcimento do dano do segurado, antes eventual e depois atual; e nele deve se encontrar a função do contrato de seguro [...]. O interesse, como exposto, é uma abstração econômica do bem segurado, da coisa segurada, considerados

ss. TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; POLIDO, Walter Antonio. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. p. 107.

³¹ *El concepto de interés asegurable adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato; su existencia es esencial para legitimar el contrato y impedir que degenera en una apuesta, y porque en el seguro de daños, es la medida de la indemnización.* HALPERIN, Isaac. 2001. p. 889-893.

³² Correia, 1993, p. 532.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 353-354.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Vol XLV. p. 275.

relacionados com quem se assegura. O interesse liga o bem ao sujeito, torna subjetivo, relativo ao sujeito; o bem, a coisa exposta ao risco, e, todavia, é suscetível da avaliação econômica em si: o interesse é subjetivo, mas, ao mesmo tempo, é objetivo. O interesse é o quid exposto ao risco, é o pressuposto de validade do contrato de seguro.

[...]

O conceito de interesse, como relação entre um sujeito e um bem que possui um valor econômico, que é assegurado, e que pode ser lesado, cuja lesão constitui o dano e, portanto, enseja o ressarcimento, está ligado à teoria indenitária e ao princípio indenitário.^{35v}

Por isso, no seguro de lucros cessantes a lesão ao legítimo interesse pode estar associada – ou não – à ocorrência de dano físico a uma coisa. Quando cessa a utilidade dessa coisa – ou de qualquer bem de um ativo, ainda que sem dano físico, manifestam-se igualmente as perdas. A rigor, o bem da vida, nos seguros de lucros cessantes autônomos, é a expectativa de resultados. Em suma, o legítimo interesse será a relação econômica entre o segurado e essa expectativa, nos termos contratados, podendo as apólices serem mais ou menos restritivas.

Desse modo, quando se discute a determinação pública para fechamento de estabelecimentos, ou quando o estado de contaminação impossibilita a fruição de bens ou atividades, o debate não é teórico: trata-se de um evento que afeta a utilidade do estabelecimento ou da azienda empresarial e gera efeitos diretos no patrimônio daquele que é seu titular. Portanto, para avaliar as potencialidades indenizatórias do seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes, mais importante do que identificar a exigência de dano físico como gatilho da apólice, é avaliar como o risco foi definido no contrato.

Apresentar-se-á, agora, como diversas Cortes e doutrina internacional e nacional têm flexibilizado o campo semântico dos “danos físicos” em reconhecimento de um interesse segurado amplo diante de clausulados genéricos, vagos ou pouco específicos.

3. Dano Físico na Apólice de Lucro Cessante:

Dano, em sentido amplo, consiste na lesão a um bem jurídico qualquer, incluindo-se, aí, o chamado dano moral. Mas, em sentido

³⁵ LORENZI, Valeria de. *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analisi economica*. Padova: Cedam, 2008. p. 184-185.

estrito, dano é a lesão ao patrimônio, entendendo-se como patrimônio o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciável em dinheiro ou, em outras palavras, passíveis de subrogação pecuniária. É essa, exatamente, a lição da melhor doutrina. Agostinho Alvim, em sua obra clássica, aponta:

*O termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral; mas, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro.*³⁶

O conceito de “dano material” é pacífico no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, o tema já foi objeto de Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em oportunidade que se discutia o *quantum* de reparação pelo dano:

*A princípio, salienta-se que o parâmetro de ressarcimento do dano material é fixado pelo art. 402 do Código Civil, que dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perde, o que razoavelmente deixou de lucrar”. A partir do mencionado dispositivo, a doutrina classifica a reparação material como dano emergente, compreendendo “o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima”, e lucro cessante que é a “frustração da expectativa de lucro.”*³⁷

A expressão dano material, aliás, embora frequente no setor de seguro, é pouco utilizada nos textos jurídicos. Nem mesmos nossos Códigos Cíveis, o revogado e o vigente, e o comercial a utilizam. E o comum entre os autores que se ocupam de estudar o fenômeno do dano e de sua reparação é a lesão a interesse. Portanto, fala-se de “dano material” sempre que da lesão a um interesse patrimonial resulta, para alguém, um déficit em termos de utilidade econômica. É ele o dano patrimonial. Embora alguns autores, com despercebido apego à tradição linguística francesa e inglesa do século XIX, tenham acabado por apresentar o dano material como sinônimo de dano físico, ele é o dano em sentido estrito, conforme elucidado, e jamais pode ser reduzido à avaria de uma coisa, abrangendo os efeitos patrimoniais negativos que emergem da lesão ao interesse que tem esse bem como ponto de referência.

³⁶ *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Rio, EJU, 1975, pág. 171.

³⁷ Informativo de Jurisprudência nº 0602 da Terceira Turma do STJ, Publicação: 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/exte>

Quando há o fechamento de estabelecimentos empresariais pelo poder público, a receita é abruptamente freada ou totalmente aniquilada, os custos fixos permanecem como gastos obrigatórios de folha de salário, contratos de locação, tributos, dentre outras obrigações. Pode a situação, ainda, exigir a inversão de recursos, por exemplo quando um estabelecimento que funciona todo o tempo passa a não ter ninguém que o ocupe e a ver-se sujeito a atos de vandalismo ou vulnerável a furtos, tornando-se necessária a contratação de seguranças. Por essa razão, as empresas que se veem obrigadas a suspender suas atividades por período incerto, em consequência do atual isolamento social, preocupam-se não apenas com os prejuízos da paralisação, mas também com a possibilidade de não poderem voltar a operar após o período de desequilíbrio financeiro.

Em decorrência disso, não é estranhável que os empresários que possuem uma apólice de seguros patrimoniais com cobertura para lucros cessantes tenham expectativas de possuir cobertura para algumas dessas perdas decorrentes da paralisação de negócios. Não obstante, embora seja legítima essa expectativa, será determinante o alcance semântico do gatilho de cobertura da apólice. Isso demandará o exame de cada contrato ou relação obrigacional, ou seja, exame da proposta de seguro, das correspondências trocadas com os corretores e com a seguradora e, principalmente, da apólice emitida pela seguradora e do tipo de padrão que ela utilizou para sua redação.

Waldo Sobrino, Professor de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, questiona se o dano físico é algo ontológico, ou seja, se compõe a essência do seguro de lucros cessantes de modo a ser uma característica imprescindível à cobertura securitária, “ou é só uma questão que, normalmente, acontece?” O jurista argentino lembra que diversos produtos podem cobrir lucros cessantes e não exigem necessariamente a manifestação do dano exclusivamente físico. São exemplos os seguros cibernéticos, paramétricos, de interrupção de acessos e de atos de autoridade civil.³⁸

Em vista disso, a análise do clausulado de seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes deve partir da premissa que, considerando

rno/informativo/?acao=pesquisar&livre=DANO+MATERIAL+CONCEITO+DE+DANO+MATERIAL&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acessado 23/05/2020.

³⁸ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=po3hlm2Lek&app=desktop> minuto 3:52 . Acessado 12/05/2020.

a Circular SUSEP 560/17 e a doutrina nacional e internacional, sua cobertura não se limita, *a priori*, aos contornos do dano físico, e deve sempre se atentar para a relevância central que o interesse segurado adquire no negócio jurídico. O caso “Castellain v. Preston (1883)” examinado pelo poder judiciário inglês é emblemático, pois traz à tona a raiz axiológica do interesse segurado. Naquela oportunidade, a Corte inglesa entendeu que o seguro não garantia os materiais físicos em si mesmos, mas o interesse segurado a eles pertinente. Gordon Dickson e John Steele explicam:

Atualmente é extremamente importante compreender um fato fundamental que pode parecer, a princípio, paradoxal. Com isso, queremos dizer que não é a casa, o navio, o maquinário, potencial responsabilidade ou vida que está segurada. É o interesse pecuniário do segurado naquela casa, naquele navio, naquele maquinário, etc. que está segurado. O assunto é relevante para os seguros. Este conceito está na raiz da doutrina do interesse segurável e foi exposto com muita clareza no caso de Castellain v. Preston (1883) nas seguintes palavras: “O que é seguro em uma apólice de incêndio? Não são os tijolos e os materiais usados na construção da casa, mas o interesse do segurado no objeto do seguro.” Essa é uma daquelas perguntas que vale a pena memorizar, pois transmite em poucas palavras um conceito muito complexo.^{39vi}

John Hanson e Christopher Henley também registram a recusa de Corte estadunidense em acatar a alegação de que deveria incidir a limitação da garantia a danos físicos, assim como o *ombudsman* de seguros acatou a pretensão de se estender a cobertura de dano material para abarcar perdas de utilidades, como os custos para desentupimento de chaminé, em seguros residenciais:

Recentemente, uma Corte dos EUA constatou que, onde não havia uma definição clara de perda ou dano físico, foi decidido que “dano” não era necessariamente limitado pelo “físico”, a menos que houvesse sido especificado para ser [...] É apenas um lembrete de que as seguradoras devem ter muito cuidado na elaboração de frases-chave nas apólices. {...} Nas apólices residenciais, o Ombudsman do seguro estendeu o significado de “dano” para incluir a perda de utilidade. Por exemplo,

³⁹ DICKSON, Gordon C.A.; STEELE, John T. *Introduction to insurance*, 2.ed. London: Financial Times, 1984. p. 35.

no caso em que o segurado conseguiu ser indenizado pelo custo de desentupimento de uma chaminé.^{40vii}

Vale dizer que o alcance da cobertura das apólices que exigem “danos materiais antecedentes” pode, conforme a redação do clausulado, não se restringir expressamente aos danos físicos do estabelecimento. Foi o caso dos lucros cessantes causados ao comércio próximo à Notre Dame de Paris quando ela sofreu o último incêndio, explica Luc Mayaux. Em razão do evento, o comércio próximo à Catedral foi preventivamente fechado por decisão administrativa relacionada à segurança, que, aliado à redução do número de turistas na região, resultou em lucros cessantes àqueles estabelecimentos. Às perdas dessa natureza, que estavam cobertas pela apólice em questão, se atribui a denominação de “perdas operacionais sem dano”, a rigor, sem dano físico, pois dano há.⁴¹

Em síntese, considerando o valor atribuído ao interesse segurado nas relações obrigacionais de seguro e a larga amplitude temática de cobertura dos lucros cessantes, cabe à seguradora que deseja restringir o alcance da cobertura a avarias de coisas, construir o respectivo enunciado com impecável clareza e exibi-lo com especial transparência, principalmente, por se tratarem os seguros, ao fim e ao cabo, de contratos por adesão. Muitos, ao celebrarem os seguros de lucros cessantes não atinarão para a restritividade que significaria exigir a ocorrência de outros riscos como incêndio, raio e explosão, mas considerarão os lucros cessantes em si mesmo, sendo compreensível que a negativa por exigência de dano físico gere frustração e promova lides.

De imediato, é fundamental destacar que expressões-chave como “dano material”, “dano físico” ou “dano patrimonial” devem ser utilizadas corretamente ou, pelo menos, apresentar definições específicas e concretas, sob pena de adquirirem sentidos distintos para as partes. Mas, melhor do que criar léxicos particulares ou setoriais, é permitir que a linguagem comum do direito e da experiência cultural geral se sobreponha às preferências da linguagem restrita do setor segurador e afins.

⁴⁰ HANSON, John; HENLEY, Christopher. *All Risks Property Insurance*. London: Lloyd's of London Press, 1995. p. 4.

⁴¹ MAYAUX, Luc. *Panorama mundial - o Covid-19 e as operações de seguro na França*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS: Lyon, França. 22.04.2020 Tempo no vídeo: 1:30. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kee7gbnXMJQ&t=20s> ; Acessado em: 12/05/2020.

Os setores segurador e ressegurador adotam, por vezes, a utilização de glossários, manuais, cartilhas e redações padronizadas (International Organization for Standardization - ISO) como parte integrante da apólice. Entretanto, nos casos em que seja constatada que redação do clausulado não é suficientemente clara e suscite dúvidas, no mundo todo, como no Brasil, incide o *in dubio pro securado*, a clássica regra da prevalência da interpretação que favoreça o segurado. No nosso direito privado, incidem sobre os contratos de adesão e de consumo em geral as regras do art. 423 do Código Civil de 2002 e o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor de 1990, respectivamente:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

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

Uma cláusula bem escrita não é outra coisa senão um enunciado facilmente compreensível. O que pode parecer perfeito para os iniciados do seguro, muitas vezes é ininteligível para os destinatários desses enunciados. É sintomático o que recentemente reconheceu Ilan Goldberg (UERJ), ao expor sua visão sobre o dever de pagar indenizações vinculadas ao COVID-19 pelas seguradoras, suas habituais clientes, caso o clausulado do seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes seja ambíguo:

Se a cláusula estiver mal escrita, se a cláusula gerar contrariedade, ambiguidade, problemas relacionados à informação, naturalmente, é dever desse advogado advertir o seu cliente segurador que as chances de êxito são remotíssimas pra não dizer inexistentes. Em contrário senso, da mesma maneira, se a cláusula estiver bem escrita, se o risco para pandemia estiver lá (no contrato) expressamente definido como excluído, não cabe ao advogado do segurado procurar criar uma interpretação de maneira a gerar uma expectativa que muito provavelmente não vingará no futuro. Então, em primeiro lugar, (o advogado) deve estabelecer uma relação de absoluta transparência e, acima de transparência, de lealdade com o seu cliente.⁴²

⁴² GOLDBERG, Ilan. *Segurança na crise – Seguros e Covid-19*. Transmido ao vivo em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=pyMyZbiEnOo&app=desktop>. Tempo no vídeo: 56:36 – 57:34. Acessado 23/05/2020.

Waldo Sobrino observa que embora dano físico seja considerado uma cobertura básica na apólice patrimonial com cobertura de lucros cessantes, diante de clausulados genéricos, via de regra, a interpretação deve ser extensiva direitos, conforme jurisprudência e doutrina dos EUA e Canadá:

*(...) onde eles utilizam muito do que chamam de teste de funcionalidade. O que quer dizer isso? Que pode ser que não haja um dano estrutural (dano físico), mas um dano do funcionamento, no uso da coisa. O que isso vai implicar? Que se eu tenho a coisa e não posso utilizar, e isso vai gerar uma perda de benefícios, vai haver cobertura por parte do seguro.*⁴³

Diante de tal questão, a Corte Federal de Tucson, nos Estados Unidos, ao discutir o conceito de dano físico em seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes, considerou “arcaica” a definição tradicional que exige lesão física a uma coisa segurada, como relatam Doug Berry e Butler Pappas a respeito de caso em que a companhia seguradora exerceu uma ação declaratória contra sua segurada que havia sofrido uma interrupção de atividades em razão de perda de energia, com o objetivo de confrontar a negativa de pagamento de indenização por ausência de dano físico:

*No caso American Guarantee & Liability Ins. Co. v Ingram Micro, Inc., 2000 U.S. Dist. LEXIS 7209 (DC Ariz., 18 de abril de 2000), o tribunal distrital considerou o pedido de cobertura securitária do réu por interrupção de negócios e serviços após uma falta de energia devido à falha no painel de alarme de incêndio de seu Data Center de Tucson [...] a seguradora ajuizou uma ação declaratória sobre a questão a saber se a falta de energia causou “perda física direta” ou danos por alguma ou qualquer causa em algum lugar [...] Após análise de pedidos liminares para julgamento sumário do assunto, **a Corte rejeitou a definição tradicional da seguradora de “dano físico” e aceitou a “definição mais ampla” da Ingram, que incluía “perda de uso e funcionalidade”.***^{44viii}

⁴³ <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=po-3hlm2Lek&app=desktop>
05:00 – 07:02

⁴⁴ Tradução livre, grifos nossos. BERRY, Doug; PAPPAS, Butler. “Physical Damage” in the First Party Property Policy: A New Definition Coming? 2000. Disponível em: <https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/physical-damage-in-the-first-party-property-policy-a-new-definition-coming>; Acessado em: 11/05/2020.

No mesmo sentido, o caso “Wakefern Food Corp. v. Liberty Mutual Fire Insurance Co.”, em que a apólice não definiu o conceito de dano físico e, ainda assim, vinculou a cobertura de lucros cessantes a tal gatilho. No caso, faltou energia durante quatro dias nas instalações do segurado, um “apagão”, que causou lucros cessantes ao grupo cooperativo de supermercados Wakefern.⁴⁵ Robert Chesler e Nicolas Insua explicam que, neste caso, embora a Corte de Nova Jersey tenha acatado o argumento de que tecnicamente o dano não teria sido físico, o Judiciário concedeu o direito ao segurado, pois o termo “dano físico” era ambíguo e deveria ser interpretado em favor da cobertura do evento.⁴⁶

Outro caso emblemático que demonstra como distintos danos, não diretamente físicos, podem acionar a apólice de cobertura patrimonial com lucros cessantes é o do Festival de Teatro de Shakespeare em Oregon.⁴⁷ Nesta oportunidade, o festival foi parcialmente interrompido por dias em razão das fumaças derivadas de queimadas próximas ao evento. Em lide judicial, o tribunal ficou do lado do segurado, constatando que o mesmo sofreu “perda física ou dano à propriedade” quando a fumaça do incêndio se infiltrou no teatro e o tornou inutilizável para a finalidade pretendida. Concluiu, portanto, que a apólice cobria as perdas de lucros cessantes do segurado.⁴⁸

De mais a mais, a decisão do caso “Customized Distribution Services v. Zurich Insurance Co.”, considerou ambígua a definição de “dano físico direto”, e firmou o entendimento que “físico” pode significar mais do que uma alteração ou dano material.⁴⁹ Destacam-se também os casos em que o escopo de “dano físico” foi atribuído

⁴⁵ Wakefern v. Liberty Mut. Fire Ins. Co., 2009 N.J. LEXIS 851 (N.J., July 16, 2009). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/case-opinion/b/case/posts/wakefern-food-corp-v-liberty-mut-fire-ins-co>. Acessado em: 23/05/2020.

⁴⁶ <https://www.law360.com/articles/1253501/nj-cos-may-have-insurance-coverage-for-covid-19-losses>

⁴⁷ Oregon Shakespeare Festival Ass’n v. Great Am. Ins. Co., No. 1:15-CV-01932-CL, 2016 WL 3267247 (D. Or. June 7, 2016), vacated, No. 1:15-CV-01932-CL, 2017 WL 1034203 (D. Or. Mar. 6, 2017).

⁴⁸ Para maiores detalhes, acessar: <https://casetext.com/analysis/is-event-cancellation-coverage-up-in-smoke?sort=relevance&resultsNav=false&q=>

⁴⁹ Customized Distribution Services v. Zurich Insurance Co., 373 N.J. Super. 480, 487-8 (App. Div. 2004), cert. denied, 183 N.J. 214 (2005). Para mais informações sobre o caso, acessar: <https://cite.case.law/nj-super/373/480/>

à presença de grandes quantidades de amianto no ar, tornando a estrutura física inabitável e inutilizável;⁵⁰ e à liberação de amônia no processo de instalação de máquinas, tornando o estabelecimento comercial impróprio para ocupação.⁵¹

A decisão mais recente a que tivemos acesso é da Corte Superior de Ontário, Canadá, no caso “MDS v. Factory”, julgado em 30 de março de 2020 em que houve a ruptura na cadeia de fornecimento da empresa segurada. Nesta oportunidade, a Corte reconheceu como devida a cobertura dos lucros cessantes em apólice patrimonial da empresa segurada pela paralisação de sua atividade por meses em razão da falta de fornecimento de matéria prima de um fornecedor causada por dano sofrido por este.⁵²

Não obstante os fortes precedentes apresentados, destacam-se diversos “contra exemplos” de casos que apontam para interpretações mais restritivas do conceito de “danos físicos”, eventualmente, formalizados em contratos sob o termo “danos estruturais ou tangíveis”. Destacam-se dois exemplos de entendimentos proferidos pela Corte de Ohio sobre a proliferação de mofo nas instalações físicas do segurado. No primeiro, o Judiciário entendeu que tal evento não daria causa à indenização por lucros cessantes, pois caracterizar-se-ia como danos intangíveis manifestados por forte odor.⁵³ No segundo, a Corte entendeu que o referido evento não constituiria danos físicos propriamente ditos, em razão de o mofo poder ser removível com facilidade.⁵⁴

⁵⁰ Port Auth. of N.Y. & N.J. v. Affiliated FM Ins. Co., 311 F.3d 226, 236 (3d Cir. 2002) Para maiores detalhes, acessar: <https://casetext.com/case/port-auth-of-ny-nj-v-affiliated-fm-ins-co>

⁵¹ Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am., No. 2:12-cv-04418 (D.N.J. Nov. 25, 2014). Para maiores detalhes, acessar: https://casetext.com/analysis/new-jersey-federal-court-gives-direct-physical-loss-expansive-meaning-under-a-commercial-property-policy?sort=relevance&PHONE_NUMBER_GROUP=P&resultsNav=false&q=

⁵² Para maiores detalhes, acessar: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b9eee8e8-32e3-4cc0-9cab-36b45e3afae9>

⁵³ Universal Image Productions, Inc. v. Chubb Corp., 703 F.Supp.2d 705, 710 (E.D. Mich. 2010) Disponível em: <https://casetext.com/case/universal-image-productions-2> ; Acessado em: 18/05/2020.

⁵⁴ Mastellone v. Relâmpago Rod Mut. Ins. Co., 175 Ohio App.3d 23, 41 (Oh. Ct. App. 2008). Disponível em: <https://casetext.com/case/mastellone-v->

Podem existir, também, as apólices que limitam expressamente o conceito de dano material, definindo-o como dano físico à propriedade e trazendo junto ao contrato um escopo mais restritivo. O ideal é não utilizar expressões assim ambíguas, pois no meio jurídico dano material é sinônimo de dano patrimonial e não de dano físico. Nesses casos, a apólice de lucros cessantes normalmente é comercializada como cobertura acessória à cobertura de danos físicos e retira do evento físico seu gatilho para cobertura de lucros cessantes.

Nesta circunstância, partindo do pressuposto de que o clausulado foi corretamente escrito, em especial, com a definição restritiva do conceito de “dano físico” – e não a mera indicação da sua necessária manifestação – e tendo havido especial transparência para deixar-se o segurado ciente de que somente quando acontecer o incêndio ou o raio ou a explosão ou a avaria de um bem físico é que funcionará a cobertura de lucros cessantes e que, ainda que se tornem inúteis os bens físicos, por contaminação, precariedade, instabilidade ou qualquer outra causa não haverá direito do segurado ao recebimento de quaisquer indenizações por interrupção de atividades ou lucros cessantes, então, o risco da seguradora poderá achar-se mais controlado.

Entretanto, mesmo diante de clausulados bem fechados, atualmente já existem demandas judiciais nas Cortes dos Estados Unidos pleiteando que os efeitos do COVID-19 se manifestem como danos físicos à propriedade em razão de o vírus se alastrar no local instado a fechar. Sustentam que, de algum modo, as coisas, objetos e o estabelecimento em si, foram expostos ao vírus e, portanto, sofreram um dano no sentido físico, corpóreo. A exemplo de tal linha argumentativa, no último dia 15 de março, um restaurante de Nova Orleans, nos EUA, ajuizou ação contra o Lloyds pleiteando indenização com base em uma apólice patrimonial com cobertura de lucros cessantes. Como a apólice tinha a natureza *all risks*⁵⁵ e não previa exclusão para pandemia causada por vírus, pleiteou-se a cobertura para a interdição do restaurante por autoridade civil em razão da contaminação de suas instalações físicas pelo SARS-CoV-2.⁵⁶ Alegam na petição inicial:

lightning-rod-mut-ins . Acessado em: 18/05/2020.

⁵⁵ *Apólice que cobre todos os riscos a não ser que claramente excluídos* (Dawson Farmans L.L.C. v. Millers Mut. Fire Ins. Co., 34,801 (La. App. 2 Cir. 8/1/01); 794 So. 2d 34 (La. 2001).

⁵⁶ Cajun Conti LLC e outros x LLOYD's London, Civil District Court for the parish of New Orleans, State of Louisiana, 20-02558.

19. *Embora alguns meios de comunicação desonestos tenham chamado o vírus Corona 2019-2020 de uma histeria em massa exagerada que dificilmente criará danos físicos significativos, a comunidade científica e os afetados pessoalmente pelo vírus reconhecem o Coronavírus como uma causa real de dano e perda física.*

20. *O vírus está afetando fisicamente a propriedade pública e privada, assim como os espaços físicos nas cidades ao redor do mundo. Qualquer esforço do Lloyd's para negar a realidade de que o vírus causa danos e perdas físicas constituiria uma deturpação falsa e potencialmente fraudulenta que poderia colocar em risco os segurados e o público.*

21. *A pandemia global é exacerbada pelo fato de o vírus mortal infectar e permanecer fisicamente na superfície de objetos ou materiais, "fômites", por até vinte e oito dias, principalmente em áreas úmidas abaixo de oitenta e quatro graus (farenheights).*

22. *China, Itália, França e Espanha implementaram a limpeza e a fumigação de áreas públicas antes de permitir que elas reabrissem publicamente devido à intrusão de micróbios.*

23. *É evidente que a contaminação das instalações seguradas pelo Coronavirus seria uma perda física direta, necessitando reparação para limpar as superfícies do estabelecimento.*^{57ix}

Ademais, ilustraram a reclamação com dois precedentes semelhantes ao COVID-19, nos quais o Judiciário da Louisiana entendeu que materiais e compostos químicos utilizados na construção de uma propriedade, assim como a presença de gases que a tornem inutilizável, constituem dano físico passível de indenização securitária.⁵⁸

No Brasil, conforme apontado, tais demandas judiciais podem ser ajuizadas diante de clausulados que confundam conceitos-chave, não os definam ou atribuam aos institutos jurídicos existentes

⁵⁷ Tradução livre, grifos nossos. Disponível em: <https://www.propertyinsurancecoveragelaw.com/files/2020/03/Cajun-Conti-Petition-for-Dec-J-conformed.pdf>. Acessado: 20/05/2020.

⁵⁸ *Widder v. Louisiana Citizens Prop. Ins. Corp.*, 2011-0196 (La. App. 4 Cir. 8/10/11); 82 So. 3d 294, 296, writ denied, 2011-2336 (La. 12/2111).

outros sentidos. Um elemento fático que preocupa a qualidade dos contratos comercializados no Brasil foi o recente pronunciamento de Leandro Martinez, vice-presidente da Seguradora Chubb no Brasil. O renomado executivo, que tem mais de trinta anos de mercado, estabeleceu sinonímia entre as expressões “dano material” e “dano físico” ao se referir às coberturas para COVID-19 em contratos patrimoniais com cobertura de lucro cessante:

*Existem apólices que cobrem e existem apólices que não cobrem. Via de regra, o lucro cessante em decorrência da parada (dos negócios) tem que ter como causa remota o dano material. Ou seja, uma unidade fabril explode e fica fechada por um período de tempo. Esse é o tipo de situação que se pensa quando se concede esse tipo de cobertura.*⁵⁹

Entretanto, isso nem sempre é verdadeiro, especialmente num país em que a expressão dano material não é comumente utilizada no direito com essa acepção restritiva de dano físico, e se encontra subsumida a distinção diversa, ou seja, entre prejuízos efetivos e lucros cessantes, não havendo automática e ineludível equiparação entre prejuízos efetivos e danos materiais, pois aqui se cuida de reunir numa só entidade a ideia de lesão ao interesse patrimonial:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

4. Conclusão:

Em razão da seriedade dos argumentos, dos valores discutidos serem altos, e de haver considerável empatia social para com os prejudicados pela pandemia, não há dúvida de que serão muitas as reclamações e demandas pela cobertura de lucros cessantes nas apólices patrimoniais em razão de eventos associados à COVID-19.⁶⁰

⁵⁹ MARTINEZ, Leandro. *Segurança na crise – Seguros e Covid-19*. Transmitido ao vivo em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=pyMyZbiEnOo&app=desktop>, tempo no vídeo: 29:10 – 30:00. Acessado 23/05/2020.

⁶⁰ De fato, pelo menos um processo que busca essa cobertura já foi proposto no

Os desafios na definição de uma contaminação viral como dano físico permeiam a invisibilidade da contaminação e o fato de a higienização para descontaminação do local não ser propriamente uma reconstrução, ainda que se trate de promover o retorno da propriedade ao seu estado original. Mas, a impossibilidade de uso de um bem produtivo é sempre uma perda muito relevante do interesse relativo a esse bem, e é isso que os seguros garantem. E não há dúvida de que a propagação rápida, massiva e letal, assim como as medidas para combatê-la constituem um evento súbito e imprevisível para os segurados.

Todavia, sem uma análise minuciosa do clausulado não é possível afirmar, *ex ante*, se há ou não cobertura para casos desse tipo. O que podemos concluir, sem dúvida, é que os efeitos do COVID-19 exigirão das Cortes uma capacidade de integrar os fatos ao sistema jurídico: ora confirmando a cobertura, ora negando-a, diante dos termos contratados e à luz do legítimo interesse segurado.

Judiciário dos Estados Unidos (Cajun Conti, LLC, et al. V. Certos subscritores no Lloyd's London et al., Distrito Civil Tribunal da Paróquia de Orleans, Louisiana).

Ações coletivas em tempos de COVID-19

Daniela dos Santos Tavares*

Heitor Alves de Oliveira**

Resumo: O presente artigo aborda, dentro do período da pandemia causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), as medidas adotadas pelo Governo, com destaque para as que envolvem a matéria Saúde. Menciona a Lei nº 13.979 que, dentre outras providências, rememorou o instituto da requisição administrativa e a ADPF 671, proposta por partido político que, sob o pretexto de suposta omissão, buscou se valer de medida judicial para substituir o agente público e seu poder discricionário. Em relação à Resolução Normativa nº 453, editada pela ANS, e que buscou regulamentar a cobertura pelos Planos Privados de Assistência à Saúde do exame“(CORONAVÍRUS COVID-19) - PESQUISA POR RT-PCR” que também foi alvo de discussão judicial, por meio da ação civil pública nº 0807782-77.2020.4.05.8300, distribuída por associação de defesa dos usuários de planos de saúde. Ambas as ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional da 5ª Região, Subseção Judiciária de Pernambuco, respectivamente, têm algo em comum: a tentativa de buscar que o Judiciário resolva questões que não recomendam sua interferência. Em uma análise das decisões, buscou-se levar a reflexão sobre a importância de se deixar a cargo do poder público, seja por meio do agente público em relação à requisição administrativa, seja por meio da agência reguladora em relação à edição de norma, a responsabilidade de zelar pela saúde, considerando a especificidade da matéria e suas competências.

Abstract: This article discusses the measures adopted by the Government within the period of the pandemic caused by the new coronavirus (Sars-Cov-2) with emphasis on those involving the healthcare assistance. Among other measures, it mentions Law nº. 13,979 which recalled the institute of administrative requisition and ADPF 671, proposed by a political party that resorted to a lawsuit to replace the public agent's discretionary power allegedly omissive. It also mentions the Normative Resolution nº 453 that was issued by National Private Healthcare Agency (ANS) and intended to set the coverage of the exam “(CORONAVÍRUS COVID-19) - SEARCH BY RT-PCR” by the Private Health Care Plans, which was also lawsuit targeted by a public

* Advogada, formada em 2008 pela Universidade Gama Filho, com MBA em Gestão Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida.

** Advogado, formado em 2013 pela Universidade Federal de Viçosa.

civil action n ° 0807782-77.2020.4.05.8300 submitted by an association for the defense of private healthcare users. Both lawsuits are being processed respectively before the Federal Supreme Court and the Regional Court of the 5th Region, in Pernambuco State, and have something in common: the attempt to ask the Judiciary to resolve issues that do not recommend their interference. In an analysis of the decisions, it reflects the importance of attributing to the public authorities the responsibility to care about public and private healthcare, considering the specificity of the subject and each competency, through the rule of administrative requisition or through the norm editions by the regulatory agency.

Palavras-chave: Covid-19, Requisição Administrativa, ADPF 671, Poder Discricionário, Agência Nacional de Saúde Suplementar, Resolução Normativa n° 453, Telemedicina, Segurança Jurídica.

Keywords: COVID-19, Institute of Administrative Requisition, ADPF 671, Discretionary Power, Private Healthcare National Agency, Normative Resolution n° 453, Telemedicine, Legal Certainty.

Sumário: 1.COVID-19. 1.1. Declaração de Pandemia e medidas de isolamento; 1.2 Consequência das medidas de isolamento: impactos na economia e nos consumidores. 2. A judicialização da saúde. 2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 671. 2.1.1. A ação judicial. 2.1.2. Interferência no poder discricionário do agente público. 2.1.3. Decisão do Ministro (STF) Ricardo Lewandowski. 2.2. Ação civil pública n° 0807782-77.2020.4.05.8300. 2.2.1. Sobre a ação judicial. 2.2.2. Da atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pela ANS. 2.2.3. Telemedicina e sua regulamentação. 2.2.3.1. Portaria 467 do Ministério da Saúde e Lei n° 13.989. 2.2.3.2. Notas Técnicas da ANS. 2.2.4. Decisão do Juiz Federal da 21ª Vara Federal de Pernambuco, Francisco Antônio de Barros e Silva. 2.2.5. Cumprimento da liminar. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. COVID-19

1.1 Declaração de pandemia e medidas de isolamento

Em 11/03/2020, a Organização Mundial de Saúde – OMS classificou a contaminação da doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) no status de pandemia.¹

O termo pandemia define uma situação em que a ocorrência de uma determinada doença infecciosa ocorre não apenas em uma localidade específica, levando-a a se espalhar por diversos países e em mais de um

¹ Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus> – Acesso em 29.04.2020.

continente, com transmissão comunitária sustentada entre pessoas. Essa transmissão comunitária sustentada é caracterizada pela transmissão da doença por um indivíduo infectado que não esteve nos países com registro anterior da doença a outro indivíduo que também não esteve em tais países.²

Diante desse cenário, o Brasil foi obrigado a adotar uma série de medidas para salvar vidas.

A princípio, por recomendação do Ministério da Saúde, adotou-se um isolamento seletivo que levou em consideração a dinâmica de contágio apresentada em cada região, observando critérios epidemiológicos, ou seja, de transmissão da doença, além da capacidade de atendimento das redes de saúde locais. Posteriormente, as Unidades da Federação implementaram medidas de distanciamento social ampliado. Essa providência tem sido vista como positiva para evitar o colapso dos sistemas de saúde, em consonância com o que foi adotado em países que enfrentaram inicialmente a doença. A adequação e a necessidade dessas medidas residem na preservação do suprimento de equipamentos (leitos, EPI, respiradores e testes laboratoriais) e das equipes de saúde (médicos, enfermeiros, demais trabalhadores de saúde e outros), para que sejam asseguradas em quantidade suficiente, visando permitir o retorno seguro à estratégia de distanciamento social seletivo.³

1.2 Consequências das medidas de isolamento: impactos na economia e nos consumidores

Apesar da adoção das medidas de distanciamento social, destinadas a evitar a propagação descontrolada do patógeno, registrou-se um aumento exponencial de contaminação, sobrecarregando ainda mais o já sobrecarregado Sistema Único de Saúde, alcançando, também, os hospitais da rede privada.⁴

² Disponível em: <https://www.biologianet.com/doencas/pandemia.htm> – Acesso em 29/04/2020.

³ Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46666-ministerio-da-saude-define-criterios-de-distanciamento-social> – Acesso em 29/04/2020.

⁴ Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-pressiona-sus-e-rede-privada-hospitais-tem-ate-13-dos-leitos-so-com-pacientes-de-covid,70003257283> – Acesso em 30/04/2020.

Ademais, os impactos severos na economia foram sentidos⁵ e demandaram uma resposta das autoridades administrativas frente a crise na saúde e na economia.

Diante disso, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 –, posteriormente modificada por Medidas Provisórias destinadas a responder adequadamente ao atual estágio de propagação do vírus mediante imposição de novas medidas sanitárias e econômicas.

Entre as medidas sanitárias, destaca-se a Resolução Normativa nº 453, de 13 de março de 2020, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que instituiu como de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde o exame “(CORONAVÍRUS COVID-19) - PESQUISA POR RT-PCR”. Cuidou a Agência para que a hipótese de cobertura estivesse alinhada com a diretriz traçada pelo Ministério da Saúde, que classificou como necessário o exame, quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável da Sars-Cov-2⁶, nos termos estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

2. A judicialização da saúde⁷

O sistema de assistência à saúde é significativamente amplo e complexo, reunindo diversidade de participantes no âmbito público e privado, além de órgãos reguladores e dispositivos legais que orientam suas relações. Na Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, a saúde integra um conjunto de direitos sociais, sendo também regulado por dispositivos que traçam as políticas públicas e privadas para prestação do serviço.

⁵ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/03/07/coronavirus-8-graficos-que-mostram-o-impacto-da-covid-19-sobre-a-economia-mundial.htm> – Acesso em 30/04/2020.

⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. Diretrizes para Diagnóstico e Tratamento da COVID-19, 06/04/2020.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/>

A saúde também é um tema que inspira divergências frequentes, considerando-se que envolve a distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, com padrões epidemiológicos que aproximam o Brasil, ao mesmo tempo, de países desenvolvidos e subdesenvolvidos: determinar o que é prioritário e quem deve ser o foco dessas prioridades, é um tema que envolve necessariamente disputas. A judicialização da saúde, portanto, é reflexo dessa necessidade de administração dos recursos, porém alcança patamares consideráveis. Tome-se como referência o caso da fosfoetanolamina, alcunhada como a “pílula do câncer”, cuja procura culminou, em oito meses, na concessão de cerca de 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse o medicamento, que sequer fora aprovado pela ANVISA e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos. Não somente, mas o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde⁸, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, que atingiram R\$ 1,6 bilhão em 2016. Tal montante representa parte expressiva do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública e pode repercutir em políticas de saúde. Por outro lado, na esfera privada, a judicialização afeta direta e indiretamente as relações contratuais entre cerca de 50 milhões de beneficiários de planos privados de assistência à saúde, operadoras e prestadores de serviços.

Assim, a judicialização da saúde tornou-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário, que tem de enfrentar inúmeros processos sobre temas recorrentes e quase sempre com pedidos de antecipação de tutela. A judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. Pode-se discutir acerca do perfil daqueles que procuram o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda sobre os efeitos dessas ações sobre a política geral de saúde (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, indaga sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir.

uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf. Acesso em 10/05/2020.

⁸ <http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acesso em: 10/05/2020.

Como reflexo desse fenômeno, alguns partidos políticos ingressaram com Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs, visando declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais e normativos que buscaram regulamentar o direito e o acesso à saúde em tempos de pandemia.

Com fundamento da Constituição Federal, alegando omissão do agente público, houve o ajuizamento da ADPF 671, em que o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL pleiteou a regulação pelo Poder Público, da utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo (UTIs) na rede privada durante a pandemia, por meio da requisição administrativa de bens e serviços.

No que tange à citada norma editada pela ANS, a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde – ADUSEPS ingressou com ação civil pública objetivando a cobertura irrestrita para o exame, mediante a expedição de ordem judicial para compelir a agência a alterar a Resolução Normativa nº 453, obrigando-a a regulamentar a cobertura obrigatória dos testes de detecção de Sars-Cov-2, independentemente da existência de suspeita da doença, bem como o direito dos beneficiários a realizar ao menos um teste diagnóstico, sem requisição médica e mediante simples apresentação de carteira do plano com validade e documento de identificação.

Tendo em vista a amplitude das discussões e a temática ora abordada nesse trabalho, ater-nos-emos à ADPF 671 e à ação civil pública nº 0807782-77.2020.4.05.8300, respectivamente em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Regional da 5ª Região, Subseção Judiciária de Pernambuco.

2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 671

2.1.1 A ação judicial

A ADPF assinala que as providências adotadas pelo Poder Público foram insuficientes para resguardar o direito social a saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230), o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, e art. 196), o fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e, por fim, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I).

Os autores referem que o cabimento da ADPF, diante da *vulneração maciça e generalizada de preceitos fundamentais da população brasileira como um todo; a histórica omissão dos Poderes Públicos*, se justifica para: (i) combater atos omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição; (ii) preservar potencial lesão ou ameaça a preceito fundamental, causada por ato comissivo ou omissivo dos Poderes Públicos e, (iii) por fim, para preencher vácuo decorrente da ausência de outro instrumento judicial apto a sanar esta lesão ou ameaça.

Nos argumentos, discorreu-se acerca das providências pelo Poder Público, por meio da edição da Lei n.º 13.979, que estabeleceu mecanismos de:

isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames, medidas profiláticas e tratamentos médicos; estudo ou investigação epidemiológica; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária por rodovias, portos ou aeroportos; requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e, por fim, autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Especificamente com relação à requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, sustentou-se que a União quedou-se inerte em adotar providências efetivas para assegurar, concomitantemente ao avanço exponencial da pandemia, a ampliação dos leitos qualificados como de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), tendo sido tomadas apenas iniciativas isoladas nesse sentido.

Assim, foi requerida medida cautelar para ser determinado:

à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que, nas respectivas esferas administrativas e ante eventual escassez de bens e serviços necessários ao atendimento do interesse público, em especial leitos em unidades de tratamento intensivo (UTI), executem a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas relativos à assistência à saúde prestados em regime privado, de forma a que o Poder Público passe a regular imediatamente a utilização dos leitos de UTI, mesmo nas redes privadas, para todo doente que dele necessite, enquanto perdurar a necessidade por conta da pandemia.

2.1.2 Interferência no poder discricionário do agente público

A requisição é a modalidade de intervenção estatal por meio da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente. Matéria disciplinada na Constituição Federal: Art. 5.º, XXV – *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

A requisição, portanto:

*é sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente e vinculado à lei quanto à competência da autoridade requisitante, à finalidade do ato e, quando for o caso, ao procedimento adequado.*⁹

Entretanto, apesar de a Lei nº 13.979, em seu Art. 3º, VII buscar rememorar o instituto da requisição, não delineou as condutas esperadas pelo agente administrativo. Em verdade, está-se diante da prerrogativa de valoração inerente ao poder discricionário, que é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.¹⁰

Mas o administrador público não é livre para requisitar bens e serviços, sendo estritamente necessária a verificação de situação de perigo público iminente. Em outras palavras, deve considerar perigos que não coloquem apenas em risco a coletividade, mas também que estejam prestes a se consumar ou a expandirem-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada. Tais situações não são apenas as ações humanas, como bem registra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mas, de igual maneira, os fatos da natureza, como inundações, epidemias, catástrofes e outros acontecimentos do mesmo gênero.¹¹

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 661.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17ª Edição, Editora Lúmen Juris, p. 42.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo* – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 49. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo* – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 233.

O ato de requisição apresenta, portanto, dois ângulos que devem ser devidamente analisados. No primeiro, sob o aspecto da necessidade de reação à situação de perigo público iminente, pressuposto do instituto, o ato de requisição é vinculado. Quer dizer que o agente administrativo não pode praticá-lo se ausente esse pressuposto; nenhuma liberdade de ação se lhe confere nesse ponto. A situação de perigo público, porém, só pode ser avaliada pelo administrador, e nessa avaliação não há como deixar de se lhe reconhecer o poder jurídico de fixá-la como resultado de valoração de caráter eminentemente administrativo.¹²

Não obstante isso, reconhece-se que o ato administrativo de requisição é sujeito a apreciação judicial, num típico exercício de controle dos atos administrativos, incumbido ao Poder Judiciário. Tal apreciação, no entanto, está adstrita ao exame da legalidade do ato, e não aos aspectos de avaliação reservados ao administrador em sua ação ou mesmo pelo que se entenderia como omissão, sendo vedada a alteração da manifestação do administrador, merecendo a mais absoluta parcimônia na utilização da requisição como manifestação da vontade administrativa.

2.1.3 Decisão do Ministro (STF) Ricardo Lewandowski

Em 03 de abril de 2020, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski, acertadamente, proferiu decisão negando seguimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Ministro entendeu que a ADPF, além de não poder desbordar as vias recursais ordinárias ou outras medidas processuais existentes para impugnar ações ou omissões tidas por ilegais ou abusivas, tampouco pode ser utilizada para a resolução de casos concretos, por se tratar de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas. E concluiu assim:

Por todos os ângulos que se examine a questão, forçoso é concluir que a presente ADPF não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19. Isso posto, com base no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, bem assim com fundamento

¹² CARVALHO FILHO. Ob, cit., p. 56.

no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento a esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, ficando prejudicado, por conseguinte, o exame do pedido de liminar.

Visando reformar esta decisão, foi interposto Agravo Regimental pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, o que ainda pende de julgamento.

2.2 Ação civil pública nº 0807782-77.2020.4.05.8300

2.2.1 A ação judicial

A Associação de Defesa dos Usuários de Seguros de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde – ADUSEPS moveu Ação Civil Pública em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, aduzindo que a cobertura assegurada por essa agência reguladora abrange apenas o caso dos beneficiários de planos de saúde que se deslocam para buscar o atendimento em ambientes ambulatoriais e hospitalares com solicitação médica, o que iria de encontro à recomendação sanitária de isolamento domiciliar.

Na ação, a entidade sustenta que o Ministério da Saúde defende o teste em massa, e que a ausência na testagem seria apenas em razão da dificuldade na aquisição dos testes, pois haveria oferta pelos laboratórios, com preços variados. E relata que as diretrizes do Ministério da Saúde são direcionadas à União e, portanto, desobriga a realização em massa do exame apenas para os pacientes assistidos pelo Sistema Único de Saúde, não se aplicando aos beneficiários de planos de saúde.

Alegando que as solicitações podem ser encaminhadas eletronicamente – eis que as consultas presenciais foram substituídas por teleatendimento ou consultas pela via eletrônica – a ADUSEPS pleiteou liminarmente, *inaudita altera pars*, que a ANS fosse compelida a emitir ato normativo para:

determinar a alteração da Resolução nº 453, de 12 de março de 2020, para que seja regulamentada a cobertura obrigatória dos testes diagnósticos para a infecção pelo coronavírus, para todos os consumidores sintomáticos e os não sintomáticos, mas que diante da pandemia queria saber se está ou não infectado, ou seja, que o consumidor de seguro e plano de saúde tenha direito ao menos a um teste da COVID 19, com ou sem requisição médica, desde que apresente a sua carteira com validade e documento de identificação e

faça o agendamento por telefone, além das coberturas em atendimentos em redes hospitalares e de 'referências', bem como mediante simples requisição médica para exames em redes laboratoriais credenciadas ao plano, ou em caso de ausência, em redes de laboratórios particulares mediante reembolso e/ou ressarcimento de forma integral das despesas.

2.2.2 Da atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pela ANS

A Agência Nacional de Saúde tem por finalidade institucional *promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País* (art. 3º, da Lei 9.961/2000). E, em cumprimento a essa característica inafastável, cumpre à ANS, *como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde*, elaborar e definir a amplitude do rol de coberturas obrigatórias dos planos de saúde, conforme estabelecido na Lei nº 9.656/1998, art. 10, §4º, e na Lei 9.961/2000, art. 4º, inciso III.

Instituído no ano de 1998 pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), o Rol de Procedimentos é hoje uma das principais medidas regulatórias atribuídas à ANS pela Lei 9.961/2000, determinando os procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória para cada uma das segmentações assistenciais previstas na Lei 9.656/1998: os planos referência, ambulatorial, hospitalar (com e sem obstetrícia) e odontológico. A relação recebe atualização bienal, por intermédio de ritualística própria, que se destina a avaliar novas tecnologias em saúde, bem como aquelas já incorporadas e que eventualmente mereçam revisão pelo corpo técnico da ANS.

O processo de revisão, atualização e incorporação de procedimentos e eventos em saúde, marcadamente aprimorado pela Resolução Normativa nº 439/2018, obedece a um rito procedimental regulatório composto por análises técnicas orientadas pelas diretrizes da Avaliação de Tecnologias em Saúde e da Medicina Baseada em Evidências.

As etapas de submissão de propostas, avaliação e debates públicos, com a participação de representantes da ANS e de todos os componentes desse intrincado mercado – beneficiários, prestadores de serviços assistenciais, operadoras de saúde e fabricantes de medicamentos e tecnologias em saúde –, guiam a tomada de decisões acerca da incorporação dos novos procedimentos, medicamentos e tecnologias de

cobertura obrigatórias, que se calcam em critérios de custo-efetividade, capacidade técnica instalada, impacto orçamentário, dentre outros.

A próxima atualização do Rol ocorrerá entre os anos de 2020 e 2021. No entanto, em razão da pandemia e da urgência em apresentar respostas aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde, a ANS, no exercício do seu poder regulamentar, optou pela edição da Resolução Normativa nº 453.

2.2.3 Telemedicina e sua regulamentação

2.2.3.1 Portaria 467 do Ministério da Saúde e Lei nº 13.989

A Portaria nº 467 do Ministério da Saúde foi publicada em 23/03/2020 e dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional [...].

As ações em telemedicina previstas nesse normativo, restritas à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada (art. 2º), sendo realizadas diretamente entre médicos e pacientes, por meio de tecnologia da informação e comunicação que garanta a integridade, segurança e o sigilo das informações. A norma prescreve, igualmente, que os atendimentos deverão ser registrados em prontuário clínico com (i) dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido em cada contato com o paciente; (ii) data, hora, tecnologia da informação e comunicação utilizada para o atendimento; e (iii) número do Conselho Regional Profissional e sua Unidade da Federação.

Quanto à emissão de atestados e receitas em meio eletrônico, a Portaria autoriza tal expediente desde que conste (i) assinatura eletrônica, por meio de certificados e chaves emitidos pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil; (ii) uso de dados associados à assinatura do médico capaz de detectar modificação posterior; (iii) identificação do médico, anexo em formato eletrônico e admissão de validade pelas partes ou a quem for apresentada.

Posteriormente, em 15/04/2020, foi promulgada a Lei nº 13.989, que autoriza o uso da telemedicina, em caráter emergencial, enquanto perdurar a pandemia da COVID-19, definindo-a como *o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde* (art. 3º) e atribuindo ao médico assistente o dever de *informar ao paciente todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta*.

A Lei, em seus sucintos 07 (sete) artigos, dispõe sobre a telemedicina durante a crise ocasionada pelo coronavírus, e traz em seu bojo os seguintes pontos: (i) a definição de telemedicina; (ii) a obrigação de o médico informar ao paciente todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta e, (iii) a obrigação de serem observados os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado.

Importante ressaltar que o art. 6º, que delegava a regulamentação da telemedicina ao Conselho Federal de Medicina, após o encerramento da pandemia, foi vetado, sob a justificativa de que a regulação das atividades médicas compete, em termos gerais, a ato legislativo em sentido ordinário, conforme art. 5º, incisos II e XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, foi vetado o parágrafo único do art. 2º, que validava receitas médicas em meio digital, desde que assinadas eletrônica ou digitalmente, haja vista que representaria ofensa ao interesse público e risco sanitário à população, por equiparar a validade e autenticidade de um mero documento digitalizado, e de fácil adulteração, ao documento eletrônico com assinatura digital com certificados ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira), também em descompasso com as normas técnicas de segurança e controle da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa.

2.2.3.2 Notas Técnicas da ANS

Diante da regulamentação da matéria, a ANS tornou públicos, por meio das Notas Técnicas DIRAD-DIDES nº 3, 4, 7 e 10, esclarecimentos para o mercado. Os pontos levantados nessas notas dizem respeito à regulamentação do tema frente à competência dos conselhos profissionais sobre a matéria. Igualmente reafirmam que compete aos Conselhos Profissionais a regulamentação e a fiscalização do correto exercício profissional de cada categoria, consoante a legislação

vigente, cabendo à ANS o estabelecimento das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras.¹³

A agência reguladora cuidou de rememorar o art. 5º da RN nº 363/2014 que veda, na contratualização entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus prestadores de serviços assistenciais, qualquer tipo de exigência que infrinja o Código de Ética das profissões ou ocupações regulamentadas na área da saúde ou restrinja a liberdade do exercício de atividade profissional, devendo ser respeitadas as disposições da regulamentação e do mesmo código, referentes às profissões de saúde.¹⁴

Também foi evidenciada a necessidade de que a realização de atendimentos e demais procedimentos que estejam aptos e em conformidade com as determinações dos respectivos conselhos regulamentadores das profissões de saúde ocorram no setor de saúde suplementar por intermédio de ajustes bilaterais entre as operadoras e os prestadores integrantes de sua rede assistencial.¹⁵ A ANS prestou, ainda, clara deferência às regras estabelecidas pelos conselhos profissionais e/ou pelo Ministério da Saúde, pois abrangem a saúde suplementar¹⁶, sendo certo que os atos normativos por eles emanados complementam as disposições da RN 363/2014, uma vez que a referida norma remete tais questões para os respectivos Conselhos, sem qualquer disposição específica que vede a sua utilização.¹⁷

No exercício da sua competência, o regulador entendeu que deve adotar medidas que viabilizem a utilização da telessaúde no setor de saúde suplementar, de forma a atender as necessidades emergenciais impostas pela Pandemia do COVID-19¹⁸, e que o atendimento remoto

¹³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, item 4.3.

¹⁴ Ibidem, item 4.2.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 4/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, item 2.9.

¹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 6/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, item 5.5.

¹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, itens 4.4, 4.5, 4.6.

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 4/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, item 2.14.

deve observar os atos editados pelos respectivos conselhos profissionais de saúde, cujo oferecimento e realização considere as particularidades dos beneficiários.¹⁹

À vista de tudo isso, a constatação que se faz é que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, na edição dessas notas, atuou de forma a disciplinar unicamente o que afetasse à saúde suplementar, guardando sintonia com os Conselhos, aos quais conferiu a legitimidade para dispor sobre o assunto que lhe é afeto.

2.2.4 Decisão do Juiz Federal da 21ª Vara Federal de Pernambuco

2.2.5 Ao decidir, recentemente, em pedido de liminar sobre matéria relacionada à aplicação dos normativos da ANS, sobre a recorrência e utilização dos planos e seguros de saúde em situações relacionadas à COVID-19, o Juiz Federal Francisco Antônio de Barros e Silva, da 21ª Vara Federal de Pernambuco sintetizou o debate em torno da matéria em cinco questões principais, com os consequentes posicionamentos sobre cada um deles:

a) A realização de exames diagnósticos para a detecção da Covid-19 por pacientes que não se encontrem internados em ambiente ambulatorial ou hospitalar: **refutado**, eis que a norma garante aos usuários de planos de saúde, em qualquer caso de suspeita da doença, a realização do exame, sem as limitações descritas na exordial.

b) A negativa de alguns laboratórios em realizar tais exames, mesmo quando enquadrados na normativa da ANS: **refutado**, já que a omissão da agência apenas ocorreria se, registrada reclamação sob tal fundamento em seu sistema, permanecesse inerte, sem exercer a sua competência fiscalizadora, o que não foi demonstrado nos autos.

c) A possibilidade de realização dos exames sem requisição médica: **refutado**, sob a perspectiva de que no sistema brasileiro não se permite tal prática, nem para exames, nem para tratamentos médicos.

¹⁹AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 10/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, item 30.

d) A possibilidade de requisição eletrônica desses exames: **acolhido**, considerando a dificuldade de obter atendimentos médico presencial, a Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO, citada pela ANS em sua manifestação preliminar, a Portaria nº 467, de 20 de março de 2020 e Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estimulam a prática da telemedicina.

e) O reembolso integral da despesa, quando não for possível a realização do exame em laboratório credenciado junto ao plano de saúde: **refutado**, por não terem sido evidenciadas junto a Agência reclamações fundadas em resistência ao reembolso integral.

Assim, foi deferida parcialmente a liminar, nos seguintes termos:

[...] determinar à parte ré que, no prazo de cinco dias úteis, publique aditamento à Resolução Normativa ANS nº 453/2020 ou outro ato normativo equivalente, com vigência imediata, para disciplinar o procedimento de envio e recepção, por via não presencial, da requisição médica destinada à realização de exames diagnósticos cobertos pelos planos de saúde. Conquanto a necessidade de regulamentação seja abrangente, de modo a não incorrer em decisão “extra petita”, restrinjo o presente comando judicial apenas àqueles exames destinados à detecção do novo coronavírus, facultando à Agência ré estender a sua regulamentação às demais hipóteses.

Esclareço, ainda, que diante da impossibilidade legal de limitação geográfica da regulamentação do tema, reputo inócua e prejudicada qualquer discussão sobre o âmbito da competência territorial deste órgão julgador (art. 16 da LACP). Comino multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento da liminar, sem prejuízo da responsabilidade da ré e dos seus dirigentes pelo ilícito que venha a ser cometido.

Apesar de ter indeferido, em sua maioria, os pedidos da associação autora, não foi acertada a imposição à ANS de regulamentação da telemedicina. Isto porque, consoante exposto no item 2.2.4.2, a Portaria nº 467 e a Lei nº 13.989 são os instrumentos legais aptos a disciplinar o tema, tendo a ANS apenas regulamentado o que lhe era afeto para possibilitar a implementação na saúde suplementar, sem interferir na relação médico/paciente, respeitando a deferência dos Conselhos sobre o tema.

Assim, uma liminar deferida, que determinasse a modificação das regras estabelecidas pela ANS, além de atribuir competência regulatória à Agência sobre matéria que não lhe é afeta, promovendo uma insegurança jurídica sobre o que viria a ser editado e, por conseguinte, interferindo no impacto que acarretará ao mercado, desprezando-se uma análise prévia que considere todas as nuances da alteração normativa.

Desse modo, ao ser determinado que a ANS edite sua norma relativa à requisição eletrônica na telemedicina, o Poder Judiciário está impondo ao órgão regulador obrigação afeta aos Conselhos.

2.2.6 Cumprimento da liminar

A ANS, em 06/05/2020, divulgou em seu site a Nota Técnica nº 1/2020/COMEC/GEAS/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO e a Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, em cumprimento à medida.

Defende a agência que, apesar da regulamentação da telemedicina por meio da Lei nº 13.989/2020 e da Portaria/GM/MS 467/2020, as referidas normas não trataram expressamente da possibilidade de emissão eletrônica de prescrições de procedimentos, sejam eles diagnósticos ou terapêuticos, tendo se limitado a tratar apenas da emissão de atestados e da prescrição de medicamentos, ponto que também não foi disciplinado pelo Conselho Federal de Medicina.²⁰

Continua a autarquia contextualizando que a forma pela qual deva ser realizada a prescrição de procedimentos não compete à ANS, mas sim ao CFM, por se tratar de norma que guarda relação direta com o exercício da Medicina.²¹

Entretanto, pondera que em 23/04/2020 o CFM lançou, em parceria com o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) e o Conselho Federal de Farmácia (CFF), plataforma digital para que os médicos brasileiros possam, durante a pandemia, emitir, com segurança, atestados ou receitas médicas por meio eletrônico, no

²⁰ Disponível em http://www.ans.gov.br/images/Nota_T%C3%A9cnica_1_GGRAS.pdf – Acesso em 06/05/2020.

²¹ Disponível em http://www.ans.gov.br/images/Nota_T%C3%A9cnica_1_GGRAS.pdf – Acesso em 06/05/2020.

âmbito do atendimento por telemedicina²², com o objetivo de dar cumprimento ao disposto na PORTARIA/GM/MS nº 467/2020.

A manifestação regulatória estabeleceu como solucionada a questão e, portanto, considerou obrigatória a cobertura dos exames indicados pelos médicos assistentes dos beneficiários de planos de saúde por meio de solicitações remotas, emitidas na forma preconizada pelo CFM em sua plataforma de prescrição eletrônica, as quais deverão ser consideradas equivalentes àquelas apresentadas em receituário de papel, para fins de realização do procedimento junto à rede prestadora do plano.²³

Por sorte, o recente lançamento pelo CFM da plataforma concorreu para a solução do imbróglio. Mas não corrige a atuação desacertada do Judiciário.

3. Conclusão

As decisões judiciais com implicações no ambiente regulatório, ou que interferem no poder discricionário do agente público, devem ser proferidas cuidando para que não se usurpe a competência de agência reguladora, nem desvirtue ou se atribua vontade que não seja a que o agente público detentor de conhecimento sobre o tema adotaria por sua vontade própria.

Nesse sentido, as soluções oferecidas e implementadas por meio de Lei nº 13.979 e da Resolução Normativa nº 453 devem ser resguardadas, visando a manutenção da segurança jurídica e da ordem legal brasileiras, sob risco de se adotarem medidas desprovidas de conhecimento técnico. A segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos, deve se amparar em um *conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida*.²⁴

²² Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28674:2020-04-23-13-38-34&catid=3 – Acesso em 06/05/2020.

²³ Disponível em http://www.ans.gov.br/images/Nota_T%C3%A9cnica_1_GGRAS.pdf – Acesso em 06/05/2020.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 435.

Dita em outras palavras, a obediência ao princípio da segurança jurídica obriga ao exercício de uma jurisdição compatível com o momento histórico vivido, sem descuidar para que as consequências sejam de tal ordem negativas que inviabilizem o exercício das liberdades constituídas, fragilizem ou descaracterizem as relações estabelecidas entre particulares, devendo ser mantida a plena observância às leis e às normas vigentes.

Não se revela salutar alterar de forma significativa o panorama de atuação das operadoras de planos privados de assistência à saúde e o papel dos hospitais privados em um período em que a estabilidade das relações jurídicas é fundamental, de forma que eventual desfiguração do ordenamento jurídico, em contexto de particular sensibilidade, poderá ensejar o desenvolvimento de um ambiente econômico desequilibrado, que poderá trazer reflexos negativos aos próprios beneficiários.

Tal evolução é conexa também com um dever de deferência²⁵ às normas da ANS, agência com *expertise* técnica e atribuição legal para zelar pela sustentabilidade e pelo desenvolvimento do mercado de saúde suplementar como um todo, e não interferência na vontade do agente público, ressaltando-se, por óbvio, os atos arbitrários, praticados com desvio de finalidade, esses, sim, sujeitos a controle.

É a Administração Pública que detém os instrumentos hábeis e eficazes para o efetivo cumprimento de suas ações, de maneira a tornar válida a atuação voltada à preservação do interesse público.

Diz-se isso diante da realidade de que a saúde é matéria eminentemente técnica, específica e detalhada, a qual geralmente escapa ao exercício da atividade jurisdicional em sentido amplo, sendo por isso que deve haver uma interferência mínima do Poder Judiciário na matéria.

Provocar o Judiciário para buscar a alteração dos atos normativos editados pelo órgão regulador ou alegar omissão do agente público para pretender agir em seu lugar não contribui para a expansão de direitos de pacientes na saúde pública, nem na saúde suplementar.

Dessa forma, entendimentos louváveis, porém sem lastro em fundamentos técnicos, ainda que albergados sob o princípio da proteção à vida, geram insegurança jurídica e têm o condão de, em última *ratio*, prejudicar o provimento de saúde no país, seja por meio do SUS, seja por meio da Saúde Suplementar.

²⁵ Recurso Especial nº. 1.171.688/DF, julgado em 01/06/2010. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques.

4. Referências Bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Nota Técnica nº 10/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, item 30.

_____. Nota Técnica nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES.

_____. Nota Técnica nº 4/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, item 2.9.

_____. Nota Técnica nº 6/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, item 5.5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo* – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Diretrizes para Diagnóstico e Tratamento da COVID-19*, 06/04/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17ª Edição. São Paulo: Editora Lúmen Juris, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, março, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 435.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.171.688/DF*, relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 01/06/2010.

Breve ensaio sobre momentos da abertura dos sinistros tangentes a aspectos específicos dos seguros de responsabilidade civil

Ricardo Bechara Santos*

Resumo e objeto - Uma sondagem sobre o momento mais adequado para abertura e provisionamento técnico dos sinistros nos seguros de responsabilidade civil, levando em conta as variáveis e peculiaridades de sua ocorrência e comunicação. O correto dimensionamento das provisões é fundamental para a saúde financeira da empresa.

Abstract – Survey on the most appropriate moment for opening and technical provisioning of civil liability insurance claims, taking into account the variables, peculiarities, their occurrence and communication. The correct sizing of the provisions is fundamental to the company's financial health.

Palavras-chave - Seguro de responsabilidade civil. Aviso do sinistro. Provisões/reservas técnicas (PSL, IBNR, IBNER). Reservas comprometidas e não comprometidas. Margem de solvência. Ação direta do terceiro. Compromisso das seguradoras. Atuário. Atos normativos do CNSP e SUSEP. Dispositivos do Código Civil. Seguros de responsabilidade civil à base de ocorrência e à base de reclamação.

Keywords – Liability insurance. Claim notice. Provisions, technical reserves. Committed and non-committed reserves. Solvency margin. Direct third part action. Actuary. Normative Acts of the National Council for Private Insurance (CNSP) and Private Insurance Superintendency (SUSEP). Provisions of the Civil Code. Civil Liability Insurance based on occurrence and claim basis.

* 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 e coautor de diversas obras.

Sumário: 1 - Breve introdução. 2 - Comunicação e abertura do sinistro. 3 - Provisionamento e situações peculiares no seguro de responsabilidade civil. 4 - Conclusão. 5 - Referência Bibliográfica.

1 - Breve Introdução

Dizem os técnicos e atuários que provisão técnica, na sua expressão mais simples, é a soma em dinheiro que a seguradora precisa reservar para arcar com os compromissos assumidos com seus segurados e que seu correto dimensionamento é fundamental para a saúde financeira da empresa. No entanto, se superdimensionadas prejudicam a distribuição de lucros aos acionistas, mormente cuidando-se de uma Sociedade Anônima, que é a forma societária obrigatória das seguradoras, enquanto que se subdimensionadas ameaçam a solvência das empresas, daí ser imprescindível a palavra sempre abalizada do atuário, já que profissional técnico responsável pelo seu cálculo. As provisões técnicas são as *Comprometidas* e *Não comprometidas*. As primeiras, que interessam mais de perto ao presente estudo, destinam-se em regra ao atendimento de eventos já ocorridos, avisados ou não à seguradora, e ainda não pagos e, dentre as principais são as de sinistro a liquidar (PSL) e as de sinistros ocorridos, mas não avisados (IBNR, do inglês “*incurred but not reported*”) As Não comprometidas destinam-se a garantir o atendimento de eventos futuros nos quais ainda não existe o compromisso ou obrigação da seguradora de indenizar ou pagar ao segurado.

2 - Comunicação e abertura do sinistro

Frequentemente as sociedades seguradoras recebem comunicação de segurados informando que houve algum evento passível de sua responsabilização, em que terceiros foram prejudicados, corporal, moral ou materialmente. Parece-me oportuno bulir um pouco com as regras que norteiam a constituição de provisões e reservas técnicas no seguro de responsabilidade civil, dadas as peculiares características desse seguro quanto aos momentos e circunstâncias que envolvem a comunicação dos sinistros.

O procedimento tem sido abrir um sinistro e estimar um valor, nesse momento não raro aleatório. Muitas das vezes o terceiro não reclama e, tempos depois, o sinistro é encerrado. A própria abertura é insipiente porque a seguradora não sabe sequer o nome do terceiro, nem quantos ou quais, são seus beneficiários em caso de morte, muito menos a extensão ou quantificação de sua pretensão indenizatória ou grau de culpa, ou mesmo se o segurado tenha agido com culpa, exclusiva, recíproca ou concorrente, ainda que no aviso a assumia.

Daí, dúvidas quanto à abertura do sinistro, se é devida desde a primeira comunicação do segurado ou somente quando se constitui um processo contra ele, seja judicial ou extrajudicial, ocasião em que mais comumente as seguradoras passam a conhecer, com maior grau de certeza, os detalhes da ocorrência e suas nuances.

A atitude tempestiva do segurado é correta, até em face do art. 771 do Código Civil¹, além da obrigação de dar ciência da lide ao segurador tão logo citado da ação contra ele (art. 787, § 3º do CC)². Mas será que só o fato da comunicação pelo segurado, às vezes vazia de elementos, obrigaria a seguradora a reservar ou provisionar valores? Que valores seriam esses? Não necessariamente o do Limite Máximo de Garantia, porque os danos poderiam ou não estar aquém ou além desse limite, que não necessariamente representa o prejuízo indenizável, conforme os artigos 778³ e 781⁴ do Código Civil, ambos aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil já que estes são classificados como seguros de dano posto que alocados no Código na seção dos seguros de dano (artigos 787⁵ e 788⁶).

¹ *sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba (...)*

² *No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.*

(...)

§ 3.º intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

³ *a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766 (se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido), e sem prejuízo da ação penal que no caso couber: (o entre parêntesis não é do original).*

⁴ *a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.*

⁵ Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. §1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. §2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. §3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. §4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

⁶ Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização

É bem verdade que o artigo 778 aplica-se em tese ao seguro de responsabilidade civil, considerando que nessa modalidade o *valor do interesse segurado na conclusão do contrato* é elástico, já que elástico também é o valor dos prejuízos que o segurado possa causar a um ou mais terceiros simultânea ou sucessivamente, nada impedindo, portanto, dependendo da condição sócio e econômica do segurado, balizado pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que sua fixação seja realizada por esse ou aquele valor, cabendo ao segurado, com relativa liberdade, determinar o valor do interesse segurado para a reposição de seu patrimônio a ser desfalcado pelo desembolso da indenização a que for obrigado a pagar a terceiros. A propósito, como ensina PEDRO ALVIM⁷:

A maioria dos seguros de danos não adota o critério de avaliação prévia. Como já dito, a importância segurada não tem outra função que limitar a obrigação do segurador. Representa o teto de sua responsabilidade em caso de sinistro. Por isso mesmo, ao ser celebrado o contrato, é aceita a estimativa que o próprio segurado faz do valor dos seus bens. A avaliação efetiva só ocorrerá, se houver sinistro. (Grifou-se).

Diferente todavia deve ser quando se queira segurar uma coisa, uma casa, um automóvel, uma embarcação, cujo limite é o valor efetivo ou real do bem, em que pese possa esse bem ser segurado por valor menor, caso em que o segurado se sujeitará à cláusula de rateio, pela qual se garante apenas uma indenização menor e proporcional ao valor que o segurado atribuiu ao seu bem para fins da contratação, conforme disposto no artigo 783 do CC⁸. Nunca por valor maior, porque os seguros de coisas são regidos pelo princípio indenitário, que impede o recebimento de valor maior do que o prejuízo causado pelo sinistro.

3 - Provisionamento e situações peculiares no seguro de responsabilidade civil

Diante desse quadro, nos permitimos arriscar alguns palpites, nem que seja somente para estimular os debates, sem qualquer pretensão de esgotar

por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

⁷ Alvim, Pedro. O seguro e o novo código civil. Rio de Janeiro, Forense pgs. 111 – 113.

⁸ *Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização no caso de sinistro parcial.*

o assunto, sobre se as seguradoras deveriam ou não continuar apartando um valor, e, assim, supostamente, prejudicando prematuramente o seu resultado, em função de algo que ainda não se concretizou ou que se aguarda a notícia de um processo do terceiro prejudicado por danos causados pelo segurado para constituir a reserva, para colmatar as provisões, já aí com valor conhecido, com ideia da culpa e de sua autoria, enfim, com sinais mais visíveis e mensuráveis da demanda.

A situação aqui exposta se refere aos seguros de responsabilidade civil facultativos, que, como se sabe, tanto podem ser contratados à base de ocorrência quanto à base de reclamação (*claims made*), sendo os sinistros objeto deste artigo ligados à primeira hipótese (seguros à base de ocorrência), pois é neles que assentamos nossas despretensiosas considerações, até porque, nos seguros com a cláusula *claims made*, o sinistro, que costuma surgir despercebido do responsável ou causador, por razões insidiosas típicas dos sinistros de “cauda longa”, seria em tese a própria reclamação, eis que, do contrário, poderia restar comprometido o conceito de “risco futuro”, caracterizando um fato pretérito, inconciliável com a natureza aleatória, prospectiva, de qualquer contrato de seguro, por isso repellido em regra pelo Código Civil (art. 773)⁹, o que não se dá quando o segurado ignora a “incubação de um sinistro”. De toda sorte, nos seguros de responsabilidade civil à base de reclamação, só a partir desta é que se poderia deflagrar o provisionamento posto ser da reclamação que os fatos e valores vêm à tona. Mesmo assim, vamos limitar estes nossos ensaios aos seguros de responsabilidade civil à base de ocorrência, deixando os seguros à base de reclamação para outro estudo específico.

Sem contar a miríade de situações peculiares que podem envolver um seguro de responsabilidade civil à base de reclamação, cuja análise não caberia nesta estreita síntese, como, por exemplo, a ocorrência de “sinistros em série”, muito comum nos seguros de RC Produtos, em que os danos causados por produtos originários de um mesmo processo defeituoso de fabricação ou afetados por uma mesma condição inadequada de armazenamento, acondicionamento ou manipulação serão considerados como um único sinistro, qualquer que seja o número de reclamantes, onde se costuma considerar como data do sinistro o dia em que ocorreu o dano primeiramente conhecido pelo segurado,

⁹ O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir: e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

mesmo que o terceiro prejudicado não tenha apresentado reclamação. Ou, ainda a guisa de exemplo, no seguro de RC Poluição Ambiental, em que os danos causados por sinistros originários de um mesmo fato gerador serão considerados como um mesmo sinistro, qualquer que seja o número de reclamantes. São situações, portanto, em que o provisionamento técnico poderia ou não se dar plenamente, em face das diferentes e complexas situações que podem surgir.

De qualquer forma - salvo nos seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios, RCTR-C, por exemplo, consoante art. 20 do DL 73/66, em que o pagamento da indenização só deve ser realizado diretamente ao terceiro (CC, art. 788)¹⁰ - os seguros de responsabilidade civil facultativos à base de ocorrência são contratados para cobrir o reembolso até o valor que o segurador for obrigado a indenizar, isto é, tem por objeto garantir a reposição do patrimônio do segurado na medida em que desfalcado pelo reembolso que seja obrigado a realizar ao terceiro nos limites da apólice, seja por decisão judicial transitada em julgado seja por acordo expresse, não sem lembrar de que o prazo da prescrição extintiva da pretensão do terceiro contra o segurado é de 3 anos (CC, art. 206, § 3º, inciso V)¹¹, enquanto que a pretensão do segurado contra a seguradora para dela haver o reembolso é de 1 ano, porém contado da citação ao segurado para responder a ação do terceiro (esse prazo ficará suspenso durante o curso da ação, não sem lembrar de que também o aviso de sinistro suspende o prazo prescricional consoante o verbete da ainda vigente Súmula 229 do STJ)¹², ou da data em que indeniza com anuência da seguradora (CC, art. 206, § 1º, inciso II, letra a)¹³.

¹⁰ Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. **Parágrafo único.** Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

¹¹ art. 206. Prescreve

(...)

§ 3.º Em três anos

(...)

V - a pretensão de reparação civil.

¹² Súmula nº 229: O pedido do pagamento da indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

¹³ art. 206. Prescreve

§ 1.º Em um ano

Essas poderiam ser algumas premissas para se decidir do ponto de vista operacional, sobre a abertura oficial do sinistro, em cada situação do seguro de responsabilidade civil contratado, em que se possa delinear a responsabilidade da seguradora e a previsão e ou constituição da respectiva provisão técnica, consoante a Resolução CNSP nº 321/15 e Circular SUSEP nº 517/15, quando menos a IBNR (provisão de sinistros ocorridos e não avisados até a data base de cálculo), ou mais adiante a PSL (provisão de sinistros a liquidar, avisados até a data da base de cálculo) etc., sobre o que e sobre as quais os mais versados poderão dizer com propriedade.

Aliás, a obrigação de provisionamento pela seguradora costuma decorrer justamente da obrigação de o segurado comunicar-lhe o sinistro, que no caso de seguro de responsabilidade civil, como já acenado algures, dois são os momentos em que o segurado está obrigado a comunicar a seguradora: (1) na ocorrência do sinistro em que o segurado dele tenha conhecimento; e (2) na citação para responder a ação que lhe seja posta pelo terceiro.

Do ponto de vista operacional entende-se que a seguradora, ao menos oficiosamente, deveria proceder à abertura do sinistro logo na primeira comunicação do segurado, para ter pelo menos uma amarração em sistema para oficializá-la quando e se um dia chegar a comunicação do sinistro, comunicação essa que pode demorar ou sequer acontecer, não só em função dos respectivos prazos prescricionais e de sua suspensão ou interrupção, como em razão dos trâmites da ação judicial contra o segurado.

Quanto ao valor poderiam ser definidas cifras diferentes para situações diferentes, conforme seja o nível de informação de que dispuser a seguradora já por ocasião do aviso da ocorrência, para depois ajustá-lo com as informações mais precisas a quando da reclamação do terceiro, seja administrativa ou judicial. Até porque, tratando-se de seguro de responsabilidade civil facultativo, na modalidade reembolso, a identificação do beneficiário final da indenização seria em regra o próprio segurado e não o terceiro até então muita vez desconhecido, nada obstante possa ele se envolver na regulação/liquidação do sinistro,

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder a ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com anuência do segurador.

havendo casos em que, mesmo nos seguros facultativos, o terceiro promove ação direta contra a seguradora - embora não exclusiva - respaldado em jurisprudência inclusive a do STJ (Súmula nº 529)¹⁴.

Seria prudente envolver os técnicos e especialistas nesse debate, até diante da possibilidade de sinistros como que tais serem refletidos na IBNR, com a inclusão de um fator que possibilite a sua estimativa, e quando a seguradora receber o aviso do sinistro do terceiro, feito diretamente à seguradora, ou através do próprio segurado e ou de uma ação judicial, proceder ao registro do sinistro na PSL, bem como constituir as reservas de contingência judicial. Não sem lembrar de que, consoante os atos normativos vigentes, *a metodologia a ser desenvolvida para o cálculo da provisão de IBNR deve considerar a data de aviso do sinistro como sendo a data do efetivo registro por parte da sociedade seguradora*. Igual metodologia é determinada para a PSL, mas já aí, diferentemente da IBNR, levando em conta no seu cálculo os sinistros, valores e despesas referentes às ações e demandas judiciais.

Feitas essas considerações, embora seja de cautela e prudência constituir a respectiva provisão a partir do momento em que o sinistro é avisado - *ver ao final a transcrição dos dispositivos do ato normativo que em regra regula a matéria sem, no entanto contemplar as excepcionalidades apontadas neste estudo, mais precisamente a Circular SUSEP nº 517/15*¹⁵-, não seria

¹⁴ *Súmula nº 529: 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.*

¹⁵ CIRCULAR Nº 517/15:

Art. 8.º *A PSL deverá ser constituída para a cobertura dos valores esperados a liquidar relativos a pagamentos únicos e rendas vencidas, de sinistros avisados até a data-base de cálculo, incluindo as operações de cosseguro aceito, brutos das operações de resseguro e líquidos das operações de cosseguro cedido, obedecidos os seguintes critérios: I – a provisão abrange os valores relativos a indenizações, pecúlios e rendas vencidas, incluindo atualizações monetárias, juros, variações cambiais e multas contratuais, além dos montantes estimados referentes às ações judiciais e os resultantes de sentença transitada em julgado; II – os valores esperados a liquidar referentes às ações judiciais para pagamentos de rendas a vencer que excederem os valores concedidos deverão ser contemplados no cálculo da PSL, enquanto não houver sentença transitada em julgado, quando então deverão ser consideradas na PMBC; III – a provisão deverá contemplar, quando necessário, os ajustes de IBNER (Sinistros Ocorridos e Não Suficientemente Avisados) para o desenvolvimento agregado dos sinistros avisados e ainda não pagos,*

de todo inadequado, juridicamente, se adotar como critério para abertura oficial de sinistro, o mesmo da prescrição que, nos seguros de responsabilidade civil, a pretensão do segurado nasce a partir do momento em que é citado para a demanda do terceiro, cujo direito ao seguro se extingue se não se manifestar perante o segurador dentro de um ano, caso em que a provisão em tese não seria feita. Porém, se a demanda do terceiro se delinear extrajudicialmente perante o segurador, diretamente ou através do segurado, prudente sempre seria ao segurador antecipar o registro da abertura do sinistro e proceder, com os elementos existentes, ao competente provisionamento.

Se bem que, uma das funções da chamada “*Margem de Solvência*”, poderia servir de suporte coadjuvante em eventuais desvios que possam decorrer da não constituição plena da provisão técnica nos seguros de responsabilidade civil mal ou insuficientemente avisados. É que, enquanto os riscos aceitos pelas seguradoras já estejam vinculados à constituição de provisões técnicas, a *margem de solvência* objetiva, complementarmente, equalizar flutuações aleatórias nos sinistros, agindo como proteção contra as eventuais tendências adversas nas probabilidades de sinistros nos cenários objeto deste estudo.

cujos valores poderão ser alterados ao longo do processo até a sua liquidação final; e IV – a expectativa de recebimento de salvados e ressarcidos deverá ser apurada com base em metodologia definida em nota técnica atuarial e registrada como ajuste de salvados e ressarcidos na PSL; V – os montantes de salvados ativados contabilmente não poderão ser considerados como expectativa de recebimento de salvados e ressarcidos; e VI – para fins de ajuste de salvados e ressarcidos na PSL, deverá ser considerada, no cálculo da expectativa de recebimento de salvados e ressarcimentos, apenas a estimativa de recuperação relacionada a sinistros avisados e ainda não liquidados.

(,,)

Art. 28. *A PSL deverá ser constituída para a cobertura dos valores a liquidar relativos a sinistros avisados até a data-base de cálculo, brutos das operações de retrocessão.*

Parágrafo único. *A provisão deverá contemplar, quando necessário, os ajustes de IBNER (Sinistros Ocorridos e Não Suficientemente Avisados) para o desenvolvimento agregado dos sinistros avisados e ainda não pagos, cujos valores poderão ser alterados ao longo do processo até a sua liquidação final.*

Art. 29. *A Provisão de IBNR deverá ser constituída para a cobertura dos valores a liquidar relativos a sinistros ocorridos e não avisados até a data-base de cálculo, brutos das operações de retrocessão.*

4 - Conclusão

Seriam essas, em apertada síntese, as primeiras linhas que nos ocorrem sobre o tema, observadas as premissas aqui apontadas, sem, no entanto, perder-se de vista que, dependendo do contexto e do momento, muita vez pode ser melhor “impactar” o resultado da seguradora antecipando a reserva de um valor estimado diante de variáveis conhecíveis, do que ter que fazê-lo mais adiante, quem sabe mais gravosamente. Se bem que, segundo especialistas ouvidos, do ponto de vista atuarial, o melhor mesmo seria continuar abrindo a reserva ou provisão no momento do aviso inicial do segurado (ainda que sem muitas informações), com valor médio apurado em casos históricos, lembrando ainda de que o resultado da seguradora não seria impactado diretamente com isso, pois o ajuste de PSL/IBNER (aqui não estamos falando da IBNR, mas da IBNER mesmo, que consiste numa provisão não obrigatória, de ajuste à PSL, porém aceita pela SUSEP, de sinistros ocorridos, mas não suficientemente avisados), a rigor, estaria ajustando qualquer incorreção na abertura do valor em função do histórico observado.

A propósito da IBNER, vale observar que, no ambiente do seguro de responsabilidade civil, embora o segurado saiba que causara algum dano a algum terceiro, muita vez sequer sabe quem seria a vítima ou o quantum a indenizar, tampouco se seria cobrado judicial ou extrajudicialmente, ou se tem ou não responsabilidade sobre o dano. Outras vezes, não tem noção se foi ou não culpado (sabido que a culpa *latu senso* é importante vetor da cobertura do seguro de responsabilidade civil). Mesmo assim, avisa o sinistro, com os parcos dados ou suposições de que dispõe, deixando o segurador sem as necessárias e suficientes condições para abrir um sinistro e constituir a respectiva provisão. Caso típico, portanto, de sinistro ocorrido, porém insuficientemente avisado, a que alude a provisão IBNER.

Realmente, a regra é do provisionamento desde que haja um sinistro avisado, ainda que de forma insuficiente. Mas observada a regra de que toda regra tem exceção, ela não se amolda perfeitamente a certas circunstâncias excepcionais próprias do seguro de responsabilidade civil, como vimos nos presentes ensaios.

Sub censura dos doutos.

5 - Referência bibliográfica

. Alvim, Pedro. O seguro e o novo código civil. Forense- Rio, páginas 111 – 113.





PARECER

Extra – Rol.

Gustavo Tepedino*

I. A consulta

A FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – FENASAÚDE honra-me com a solicitação de OPINIAO DOUTRINÁRIA com base nos seguintes fatos: Victoria Teixeira Bianconi (“Victoria” ou “Recorrente”, ajuizou Ação em face da operadora de Plano de Saúde Unimed Londrina Cooperativa de Trabalho Médico (“Unimed Londrina” ou “Recorrida”), narrando ser acometida por doença que acarreta desgaste nas vértebras e que, conforme prescrição de seu médico assistente, seria necessária, sob pena de agravamento de seu quadro de saúde, a realização de procedimento médico denominado “cifoplastia”. Sustenta que a Unimed Londrina se dispôs a liberar apenas procedimento diverso, designado “verteroplastia”, o qual, segundo a Recorrente, seria defasado e arriscado, enquanto o método indicado pelo seu médico assistente seria minimamente invasivo. Com base no art. 10 da Lei nº 9.658, de 3 de junho de 1998, afirma a Recorrente que devem ser assegurados aos beneficiários de Planos de Saúde os procedimentos médicos necessários, ainda que de caráter experimental.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Londrina julgou parcialmente procedente a Ação, determinando a realização da cifoplastia e o fornecimento dos materiais necessários ao procedimento. O Tribunal de Justiça do Paraná, por sua vez, deu provimento ao recurso interposto

*Professor Titular de Direito Civil e ex Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Livre-Docente em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Visiting Scholar na Universidade de Stanford (Califórnia-EUA). Professor Visitante das Universidades de Molise (Itália); São Francisco (Califórnia-EUA); e Poitiers (França); Pesquisador Visitante do Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional (Hamburgo-Alemanha). Membro da Academia Internacional de Direito Comparado e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Comity Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil.

pela Unimed Londrina, rejeitando o pedido inicial, e reconhecendo que o tratamento constante no Rol da ANS e, portanto, coberto pelo plano de saúde da Recorrente (vertebroplastia), e similar ao requerido (cifoplastia) e possui eficácia comprovada, restando o acórdão assim ementado: (...) *realização de cifoplastia. Enunciado n.º 23 do Fórum de Saúde do CNJ. Procedimento não constante no rol da ANS. Efetividade e vantagens não estabelecidas. Operadora que liberou vertebroplastia. Tratamento similar com eficácia comprovada. Exercício regular de direito. Condenação afastada. Agravos retidos 01 e 02 não conhecidos. Recurso adesivo provido. Apelação prejudicada.*

Contra o referido acórdão, Victoria interpôs Recurso Especial, aduzindo que (i) o Rol da ANS seria apenas exemplificativo; (ii) o contrato não fez menção de exclusão do procedimento; (iii) o documento colacionado aos autos pela Recorrida apenas aponta que a ANS não atesta a efetividade da cifoplastia, e não que o método escolhido por seu médico assistente não seja autorizado; (iv) a não liberação do procedimento e material necessários a realização da cirurgia caracterizaria inadimplemento contratual; (v) o dano moral e ipso facto, não havendo necessidade de demonstração; e (vi) o Rol de procedimentos e eventos previstos na Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde então em vigor (RN nº 387, de 28 de outubro de 2015) tratar-se-ia de referência básica, sendo possível sua ampliação na contratação para incluir outros procedimentos, ainda que não elencados pela ANS.

Em sua defesa, alegou a Unimed Londrina que (i) o procedimento da cifoplastia não se encontra listado no Anexo I da RN nº 387/2015, não possuindo, portanto, cobertura de caráter obrigatório; (ii) não violou o contrato celebrado, tendo em vista a existência de cláusula contratual expressa excluindo tratamentos experimentais; e (iii) o procedimento de cifoplastia não possui efetividade e segurança comprovadas. Em apertada síntese, sustenta a Recorrida que o procedimento requerido por Victoria não teria cobertura obrigatória, pois excluído tanto pelo Contrato firmado entre as Partes, quanto pela legislação específica sobre o tema, sendo assim inteiramente válida a negativa de cobertura.

O referido Recurso Especial foi admitido na origem e autuado sob o nº 1.733.013, no âmbito do qual se discute, em suma, se (i) o Rol de procedimentos em saúde da ANS é meramente exemplificativo; (ii) deve sempre prevalecer a indicação do médico assistente do beneficiário do plano de saúde, ou se há hipóteses em que a recusa ao custeio de determinados procedimentos e/ou medicamentos é legítima; e (iii) a

recusa ao fornecimento de procedimentos excluído do Rol da ANS caracteriza exercício regular de direito, a afastar a obrigação de reparar eventuais danos morais.

Em 28 de junho de 2019, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, constatando tratar-se de controvérsia recorrente, com decisões aparentemente conflitantes - ora assentando que o Rol da ANS seria meramente exemplificativo, ora afirmando ser irrelevante o referido rol, devendo sempre prevalecer o procedimento indicado pelo médico assistente do beneficiário de plano de saúde - a vista do disposto no art. 138 do CPC/2015, entendeu cabível a participação de órgãos e entidades do setor, a fim de que pudessem prestar esclarecimentos a respeito de questões fático-jurídicas relevantes a análise do caso.

Nesse contexto, em 20 de agosto de 2019, com a finalidade de contribuir para o julgamento, a FenaSaúde manifestou-se nos autos do referido Recurso Especial, demonstrando que o Rol da ANS é taxativo, criando cobertura mínima. Segundo a FenaSaúde, o entendimento técnico-jurídico para a expressão *cobertura mínima obrigatória* e no sentido de que as operadoras não poderão comercializar produtos com cobertura menor do que aquela definida pelo Rol da ANS. Nesse sentido, diante do texto da lei e da referenda expressa e explícita a cobertura mínima, não caberia ao intérprete presumir a existência de cobertura ilimitada.

Para a elaboração desta Opinião Doutrinária, foram examinados os seguintes documentos: (i) Recurso Especial nº 1.733.013 interposto por Victoria Teixeira Bianconi, de 24 de abril de 2017; (ii) Contrarrazões ao Recurso Especial de nº 1.733.013 apresentadas pela Unimed Londrina, de 30 de agosto de 2019; (iii) Despacho do Ministro Luis Felipe Salomão nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013, de 28 de junho de 2019; e (iv) Manifestação da FenaSaúde (Nota inicial) sobre o Ofício nº 004340/2019 nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013, de 20 de agosto de 2019.

Diante dos documentos apresentados, a Consulente formula os seguintes quesitos:

- 1. O Rol da ANS é meramente exemplificativo?**
- 2. A prescrição do médico assistente deve sempre prevalecer ou há hipóteses em que a negativa de cobertura pela operadora de saúde é legítima?**

3. A negativa de cobertura de procedimento não incorporado ao Rol da ANS se caracteriza como exercício regular de direito, afastando a reparação por danos morais?

II. Para responder a tais quesitos, desenvolveu-se a seguir a presente OPINIÃO DOUTRINÁRIA em dois eixos temáticos, cujas conclusões se encontram sintetizadas em ementa, após a qual se seguirão seu desenvolvimento e as respostas específicas aos quesitos formulados.

Síntese: Saúde Complementar. Planos de Saúde. Natureza taxativa do Rol da Agência Nacional de Saúde de Procedimentos indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde. Cobertura contratual mínima obrigatória. Taxatividade indispensável para a garantia da comutatividade contratual e do equilíbrio econômico das prestações. Direito a saúde e sistema suplementar. Intervenção regulamentar necessária a harmonização dos princípios constitucionais da solidariedade e da autonomia privada. Interpretação estrita das normas regulamentares, restritivas da livre iniciativa. Preservação do mutualismo e da função social dos Planos de Saúde. Incidência da boa-fé objetiva e exercício regular de direito por parte das operadoras, a afastar eventual pretensão de reparação por danos morais.

III. Autonomia privada e direitos fundamentais. Liberdade econômica e solidariedade constitucional. Mutualismo e equilíbrio econômico dos contratos de Planos de Saúde. Interpretação dos contratos de Planos de Saúde e o conceito legal de cobertura mínima.

1. O sistema de saúde congrega, em si próprio, o dilema entre a garantia do direito constitucional a saúde e as limitações orçamentárias para promovê-lo e preservá-lo. Diante da indiscutível insuficiência dos recursos públicos, a assistência prevista pela Constituição da República (art. 196, C.R.)¹ realiza-

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

se também com a participação de instituições privadas, de forma (i) complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS) - mediante a celebração de contrato ou convênio com o Poder Público, de modo a integrar os serviços públicos de saúde (Sistema de Saúde Complementar)² ou (ii) suplementar, isto é, sem vínculo com o SUS, por meio da atividade de operação de planos e seguros privados de assistência médica³, regulamentada a partir de 1998, com o advento da Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998.

2. No âmbito do Sistema de Saúde Suplementar, em que a atividade de assistência médica e desenvolvida por pessoas jurídicas operadoras dos Planos e Seguros de Saúde em caráter privado, subordinando-se as normas, controle e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (art. 1°,

² Considera-se complementar a atuação da iniciativa privada na área da saúde quando desenvolvida nos termos previstos no § 1° do art. 199 da Constituição da República: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1°. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Neste sentido, v. ainda, o art. 4° da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990: Art. 4°. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1°. Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2°. A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

³ Sobre o Sistema de Saúde Suplementar, que não constitui serviço público de saúde, v. André Luís de Castro Moura Duarte et al.: *O SUS trata-se do serviço público oferecido de maneira universal a todo cidadão brasileiro; já o sistema de saúde privado é prestado por meio da contratação direta de serviços junto a prestadores particulares, entre eles hospitais, clínicas e operadoras de planos de saúde, que juntas formam o Sistema de Saúde Suplementar* (Evolução na utilização e nos gastos de uma operadora de saúde, in: *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro vol. 22, n. 8, p. 2754, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002802753&lng=en&nrm=iso3 acesso em 5 de novembro de 2019).

§1º, da Lei nº 9.656/98⁴ e art. 1º, §2º, da Lei 10.185/01)⁵, a gestão da saúde deve harmonizar dois princípios fundamentais: de um lado, a solidariedade social, que invoca o conjunto das normas regulamentares para a tutela psicofísica dos pacientes e, de outro, a autonomia privada, que autoriza a otimização dos recursos dentro de racionalidade econômica que possibilite a sua sustentabilidade e incentive seu aperfeiçoamento e desenvolvimento.

3. O Plano Privado de Assistência à Saúde (art. 1º, I, da Lei nº 9.656/98)⁶, tal qual os contratos de seguro, tem como principal pilar a pulverização de riscos decorrente do mutualismo, por meio da substituição de perdas incertas por um custo pré-determinado. Trata-se, assim, de compartilhamento de despesas, mediante a contribuição de todos para o benefício individual de cada um dos contribuintes. Em consequência, o desequilíbrio econômico-financeiro em um único contrato acarreta prejuízo a todos os demais.

⁴ Art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (...)

§1º. Está subordinada normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

⁵ Art. 1º As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e §1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades. (...)

§2º. As sociedades seguradoras especializadas, nos termos deste artigo, ficam subordinadas às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde - ANS, que poderá aplicar-lhes, em caso de infringência à legislação que regula os planos privados de assistência à saúde, as penalidades previstas na Lei nº 9.656, de 1998, e na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

⁶ Art. 1º. (...) I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido,

4. Nessa direção, a compatibilização orçamentária com as demandas do setor só é possível em razão do mutualismo, conjugado ao acompanhamento da performance econômico-financeira das operadoras e seguradoras pela ANS, de modo que, por meio da formação de reservas técnicas custeadas por pessoas com interesse comum (beneficiários), compartilham-se os custos proporcionalmente aos fatores de risco de cada um dos interessados, de acordo com cálculos atuariais matemáticos, a permitir a minimização das despesas e a otimização dos serviços e procedimentos cobertos por cada Plano de Saúde. O princípio do mutualismo, portanto, fundamenta e norteia os contratos de Planos de Saúde e, de maneira geral, as relações securitárias.
5. Com a evolução tecnológica, cada vez mais veloz, os custos com a saúde incrementam-se exponencialmente, tomando cada vez mais complexa e sofisticada a gestão dos recursos mutualísticos empregados para o atendimento aos participantes de cada Plano de Saúde⁷. Daqui a regulamentação rigorosa, por parte da ANS, de modo a tornar possível o atendimento a todos os usuários do sistema com base nos valores previamente calculados, limitando-se o mais possível o reajuste e majoração dos Planos, a partir da definição dos procedimentos e eventos cobertos.

por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

⁷ Sobre o impacto da evolução tecnológica na sustentabilidade econômico-financeira da assistência à saúde, colhe-se da literatura especializada: *A adoção de novas tecnologias é um dos principais fatores que impulsionam os custos de saúde no mundo. A incorporação de novas tecnologias é positiva, pois possibilita que a sociedade se beneficie dos avanços na medicina. Porém, a escolha de quais novas tecnologias devem ser incorporadas em sistemas de saúde públicos ou em sistemas suplementares deve ser feita com critérios técnicos de custo-efetividade. Caso isso não seja feito, corre-se o risco de se introduzir novos tratamentos, equipamentos, materiais e medicamentos que trazem pouco benefício para o paciente e ao mesmo tempo sejam demasiadamente onerosos ao sistema. (...) uma das evidências do impacto das novas tecnologias sobre os custos de saúde encontrada foi dos Estados Unidos, onde estima-se que entre 27% e 48% do crescimento dos gastos com saúde desde 1960 foi devido às novas tecnologias* (Natalia Lara et al., Texto para

6. Essa delicada equação se reflete no equilíbrio e na sustentabilidade econômico-financeira dos contratos individuais e coletivos de Planos de Saúde. O Sistema de Saúde Suplementar, nessa esteira, projeta para cada usuário o inexorável e doloroso custo dos direitos fundamentais⁸, sendo certo caber ao gestor a administração desses custos com a responsabilidade de zelar, a um só tempo, pelo fundo mutualístico comum e pela contenção das prestações individuais de cada usuário. Trata-se de escolhas dramáticas, por vezes trágicas, na expressão consagrada pela análise econômica do direito⁹, tanto no sistema público de saúde, quanto no sistema privado, no sentido de compatibilizar o mais amplo atendimento pelo menor custo possível, dentro dos limites orçamentários estabelecidos pelo mutualismo.
7. Em tal perspectiva, atuam, no Brasil e no exterior, as agências reguladoras, com o estabelecimento de deveres contratuais inderrogáveis que asseguram, mediante prévia valoração

Discussão nº 71 - 2018 - A Variação de Custos Médicos Hospitalares (VCMH): um compêndio dos estudos do IEES e uma atualização do tema, disponível em: https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id=944&id_tipo=3, acesso em 28.10.2019).

Acrescenta, ainda, Amanda Reis Almeida Silva, que *no Brasil, além desses fatores, a situação agravada por fatores específicos como a judicialização da saúde, assimetria na formação de preços de materiais especiais, recessão econômica, falta de critérios bem delimitados na incorporação e na avaliação de novas tecnologias, entre outros. Para o controle desse fenômeno é preciso também soluções sistêmicas para toda a saúde suplementar. O seguro de saúde é altamente influenciado por fatores externos (por exemplo, economia, tecnologia, condições de saúde) e intrínsecos (por exemplo, design do plano, comportamento dos beneficiários, serviço e controle de entrega). Embora as operadoras possam controlar apenas o que está no seu alcance, a Saúde Suplementar deve buscar um sistema que recompense o valor da assistência à saúde, uma regulação que não prejudique a sua sustentabilidade econômico-financeira e assistencial e o desenho de novos produtos mais adequados à assistência à saúde* (Textos para Discussão nº 69-2018 - Tendências da variação de custos médico-hospitalares: comparativo internacional, disponível em https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id=925&id_tipo=3, acesso em 28.10.2019).

⁸ Sobre o tema, na doutrina dos direitos fundamentais em perspectiva principiológica, Stephen Holmes e Cass Sustein, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, Nova York: W. W. Norton & Company, passim.

⁹ Eis o título da obra clássica de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *Tragic Choices*, Nova York: W. W. Norton & Company, 1932.

normativa, o conteúdo mínimo, os limites e objetivos dos contratos entre os usuários e os administradores dos Planos de Saúde¹⁰. Essa regulamentação se constitui em fonte heterônoma de integração contratual, cuja observância coercitiva restringe o espaço conferido a autonomia privada em favor da solidariedade social e do interesse coletivo a saúde¹¹. Tal restrição à autonomia contratual, do ponto de vista hermenêutico, por um lado, revela a prévia ponderação do legislador acerca do equilíbrio entre interesses em potencial colisão. Esta interferência, embora legítima, sujeita-se a permanente controle de constitucionalidade, refletindo-se na judicialização crescente do sistema de saúde. Por outro lado, exige interpretação estrita das normas regulamentares, as quais, por restringirem direitos, não se submetem a interpretação extensiva ou analógica¹². A ampliação das restrições, como se verá, embora aparentemente generosa com as demandas individuais, rompe com o mutualismo e com os legítimos direitos, de igual hierarquia constitucional, dos demais participantes ou segurados.

8. Nesse cenário de intensa judicialização avulta o risco de se pretender solucionar a casuística do direito à saúde de forma

¹⁰ V., nessa direção, o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 35, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998:

Art. 35: (...)

§ 2º. Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado. (...)

§ 4º. Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora.

¹¹ Sobre o dirigismo contratual e a integração interpretativa das fontes heterônomas à autonomia privada, v. Stefano Rodotà: *evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiar valutazioni; ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finality comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quesfultimo la particolare ratio delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in se considerata, opera* (Le fonti di integrazione del contrato, Milano: Giuffrè, 2004, p. 87).

¹² Por todos, Carlos Maximiliano: *em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia* (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1980, 9. ed., p.213).

individual, desconsiderando-se as relevantes implicações coletivas de cada decisão, seja por se tratar de problemas comuns, seja pelo impacto mutualístico de qualquer solução adotada. Muito embora a normativa em vigor pretenda garantir o almejado equilíbrio atuarial das operadoras médico-hospitalares e das seguradoras de saúde por meio da devida precificação dos produtos ofertados¹³, há quem pretenda, mediante a atuação do Judiciário, permitir a ampliação das coberturas contratadas para assegurar o atendimento individual, incluindo tratamentos que não constam no Rol de procedimentos da ANS ou que não são sequer reconhecidos pelas entidades competentes.¹⁴

9. No entanto, o necessário atendimento a todos os beneficiários viabilizado pelo mutualismo deve reger a interpretação do Rol de procedimentos e eventos de saúde, revisto periodicamente pela ANS, o qual estabelece a cobertura mínima obrigatória imposta aos Planos de Saúde. O elenco pretende contemplar os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento do universo de doenças listadas na Classificação Estatística Interacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, nos termos estabelecidos pelo art. 10 da Lei nº 9.656/98¹⁵, que

¹³ Acerca dos impactos da judicialização no Sistema de Saúde Suplementar, v. Aline Bento Ambrosio Avelar et al., *Evolução dos custos médico-hospitalares de planos privados de assistência à saúde no Brasil*, disponível em: <http://www.revistargss.org.br/ojs/index.php/rgss/article/view/381>, acesso em 28.10.2019).

¹⁴ V. a título exemplificativo: (...) Autora portadora de lúpus eritematoso sistêmico. Recusa da ré em custear o medicamento prescrito pelo médico da autora, denominado belimumabe (benilysta). Alegação de que o medicamento não consta do rol de procedimentos de cobertura obrigatória estabelecido pela ANS. Rol que não é taxativo, tratando-se apenas de listagem de cobertura mínima. (...)

(TJRJ, Ap. 0007107-73.2015.8.19.0064, 10ª CC, Rel. Des(a). Patricia Ribeiro Serra Vieira, julg. 5.9.2018). No mesmo sentido: TJRJ, Ap. 0000226-04.2017.8.19.0002, 26ª CC, Rel. Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto, julg. 8.11.2018; e TJRJ, Ap. 0232583-22.2018.8.19.0001, 4ª CC, Rel. Des(a). Maria Helena Pinto Machado, julg. 30.10.2019.

¹⁵ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária

disciplina os planos privados de assistência à saúde. O processo de renovação periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde¹⁶ encontra-se regulado pelos arts. 1º e 2º da Resolução Normativa ANS nº 439, de 3 de dezembro de 2018, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Resolução dispõe sobre o processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - Rol, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de Janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V – fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI – fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12; VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comições internas, quando declarados pela autoridade competente. (...)

§ 4º. A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS (grifou-se).

¹⁶Sobre a atualização dos procedimentos e eventos em saúde, colhe-se do sítio eletrônico da ANS: *A lista de procedimentos é atualizada a cada dois anos para garantir o acesso ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento das doenças através de técnicas que possibilitem o melhor resultado em saúde, sempre obedecendo a critérios científicos comprovados de segurança, eficiência e efetividade* (Disponível em: <https://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4279-novo-rol-de-cobertura-dos-planos-de-saude-entra-em-vigor>; acesso em 6.11.2019). V. tb. os arts. 3º e 4º da RN ANS nº 439/2018: *Art. 3º. Os ciclos de atualização do Rol ocorrerão a cada dois anos e terão como finalidade a revisão da Resolução Normativa que estabelece a cobertura assistencial mínima obrigatória;*

Art. 2º. O Rol garante e faz público o direito de cobertura assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, contemplando procedimentos e eventos para a promoção a saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Interacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656, de 1998, respeitando-se, em todos os casos, as segmentações assistenciais contratadas.

10. Do excerto se infere que as operadoras dos Planos de Saúde se encontram obrigadas a cobertura mínima para todo e qualquer Plano contratado a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, não lhes sendo facultado, em consequência, subtrair do espectro de cobertura qualquer item do Rol estabelecido pela Agência. Tal lista, juntamente com as demais restrições heterônomas e com o conteúdo adicional avençado pelas partes, definem a comutatividade contratual e o equilíbrio econômico das prestações. Justamente por tal motivo, o Rol de procedimentos e eventos da ANS deve ser considerado absolutamente taxativo no que se refere a cobertura obrigatória prestada pelas operadoras e seguradoras de saúde, já que o seu conteúdo é vinculante e definidor da comutatividade contratual, sendo a contrapartida econômica do preço das mensalidades, a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de Planos de Saúde. Sua função é estabelecer a cobertura mínima, isto é, a abrangência do Plano de Saúde, a ser precificada no contrato. Fosse o Rol da ANS exemplificativo, desvirtuar-se-ia sua função precípua, não se podendo definir o preço da cobertura diante de lista de procedimentos indefinida ou flexível.
11. Nesses termos, as Resoluções Normativas da ANS, como é cediço, constituem relevante instrumento para a disciplina do setor de saúde suplementar, devendo ser estritamente observadas,

Art. 4º. O processo de atualização periódica do Rol observará as seguintes diretrizes: I - a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; II - as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; III - o alinhamento com as políticas nacionais de saúde; IV - a utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS; V - a observância aos princípios da saúde baseada em evidências - SBE; e VI - a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

sob pena de verdadeiro colapso do sistema, eis que se afiguram inevitáveis os graves efeitos econômicos que a crescente judicialização acarreta ao custo final do serviço de assistência à saúde prestado pelas operadoras e seguradoras de saúde. Em tal perspectiva, caso desrespeitada a regulação incidente, de duas uma: ou sobrecarregam-se os usuários com o consequente repasse dos custos ao preço final do serviço, impedindo maior acesso da população - sobretudo os mais vulneráveis economicamente - ao Sistema de Saúde Suplementar, ou inviabiliza-se a atividade econômica desenvolvida pelas operadoras e seguradoras.

12. Esta necessária interpretação decorre da intrínseca racionalidade econômica dos Planos de Saúde, que possuem base comutativa, pautadas no equilíbrio das prestações. Tal racionalidade impõe a previsão do feixe de obrigações a cargo de ambas partes, submetidas a intensa regulamentação estatal, no intuito justamente de garantir o equilíbrio contratual e, consequentemente, a viabilidade financeira da prestação do serviço.
13. Nessa direção, a interpretação e aplicação do contrato de Plano de Saúde exigem a estrita observância dos termos avençados e dos requisitos técnicos do contrato, para que se afaste o perigo da insolvência da operadora ou da seguradora, a indisponibilidade de cobertura ou o aumento expressivo dos preços, com repercussão desastrosa para os consumidores. Para preservar o fundo comum e o adimplemento de suas obrigações perante os beneficiários, a operadora ou seguradora deve obrigar-se a arcar exclusivamente com os custos previstos no contrato e impostos pelas normas regulamentadoras incidentes, seguindo rigorosamente os postulados técnicos predefinidos e conhecidos pelas partes.
14. Por outro lado, para além da necessidade hermenêutica de preservação da função específica do Rol editado pela ANS e da comutatividade dos contratos com base nele celebrados, em se tratando de intervenção heterônoma limitadora da autonomia privada, como já anotado acima, a interpretação do Rol de procedimentos há de ser restritiva também para evitar a expansão indevida da intervenção econômica nos contratos, com redução ilegítima a liberdade econômica, constitucionalmente tutelada. E dizer: os princípios da segurança jurídica e da livre iniciativa impedem a extensão do dirigismo contratual para além da previsão legal estritamente interpretada, sob pena de

constrangedora incompatibilidade com os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 e ss.5 C.R.).¹⁷

IV. Evolução tecnológica e custos da saúde. Equilíbrio das prestações, racionalidade econômica dos Planos de Saúde. Os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

15. O exame do mutualismo e da intervenção estatal para garantir o conteúdo mínimo que, em última análise, define a comutatividade contratual, demonstra, como acima registrado, que a interpretação extensiva ou flexível das normas regulamentares rompe o equilíbrio entre as prestações, isto é, a correspectividade entre o preço pago pelo usuário e o leque de procedimentos cobertos.
16. Acresce a tal circunstância a formidável evolução tecnológica no campo da medicina e da saúde. Conforme amplamente divulgado na mídia internacional e em revistas especializadas, os custos da saúde multiplicam-se em proporção muito maior do que o custo de vida calculado por índices inflacionários gerais da economia.¹⁸

¹⁷ V., nessa direção, a lição do Ministro Luis Roberto Barroso: *Como natural consequência do princípio, a legitimidade da atuação estatal na ordem econômica se dá em hipóteses restritas, como nos casos de monopólio público expressamente previstos no Texto (e.g., art. 177) e nas que vêm enunciadas no caput do art. 173 (...)* (Temas de Direito Constitucional, t. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 2. ed., p. 393).

¹⁸ Cfr., sobre o ponto, na literatura especializada: *Em todo o mundo há uma preocupação significativa com o crescimento dos custos em saúde. Nos países onde se procura medir o aumento dos custos per capita em saúde, ou a também chamada VCMH (variação dos custos médico-hospitalares), nota-se que esses custos crescem a uma taxa superior a inflação geral da economia. Uma VCMH elevada e muito acima da inflação geral é prejudicial para os sistemas de saúde de várias formas e é responsável pelo aumento do gasto com saúde como proporção do Produto Interno Bruto (PIB), contribuindo para a dificuldade de se manter os orçamentos, públicos e privados. A VCMH do Brasil tem seguido um padrão de comportamento bastante similar ao encontrado em diversos países do mundo, inclusive nas economias mais desenvolvidas e estáveis. Esse fenômeno impõe desafios à sustentabilidade econômica, financeira e assistencial do sistema de saúde, público e privado. (...) O caso brasileiro se mostra mais grave, nesse cenário, ao considerar que, na saúde suplementar especificamente, em anos recentes a recessão econômica afetou o mercado de trabalho brasileiro e consequentemente levou à saída de muitos beneficiários de planos coletivos empresariais, que perderam seus benefícios ao ficarem desempregados. As operadoras de planos de saúde médico-hospitalares têm tido de lidar com a*

Tal desproporção provoca o frequente descolamento entre a precificação dos tratamentos, procedimentos e protocolos assegurados pelos Planos de Saúde e as mensalidades contratadas, sujeitas ao reajuste legal. Daqui a importância das normas regulamentares que impedem as operadoras dos Planos de Saúde de subtraírem da cobertura contratual qualquer procedimento constante do Rol da ANS (cobertura mínima obrigatória). As Resoluções da ANS, portanto, funcionam de forma dúplice, protegendo os usuários do sistema, para que lhes seja assegurado o amplo Rol de cobertura mínima e, ao mesmo tempo, impedindo que o interesse individual de um contratante desequilibre a comutatividade estabelecida, em prejuízo aos demais contratantes vinculados ao fundo comum.

17. Vê-se, pois, que, no ambiente mutualístico, a extensão dos direitos individuais contratados, embora sedutora na busca de alternativas de tratamentos, incluindo o caso de técnicas não comprovadas, produz consequências econômicas devastadoras, com repercussão negativa em todo o conjunto de participantes do plano, assegurando-se aos beneficiários procedimentos que sequer possuem a devida comprovação de acurácia, eficácia e dos riscos à saúde - previamente ponderados sob o ponto de vista técnico - a acarretar a majoração dos custos das mensalidades, rompendo o equilíbrio econômico de todos os demais contratos.¹⁹
18. Desse modo, ao contrário do que a percepção comum pudesse cogitar, os primeiros prejudicados com o desequilíbrio econômico de determinado contrato de plano de saúde são os demais

redução do número de beneficiários e com a alta persistente da VCMH, que tem se mantido alta mesmo num período de redução da inflação geral da economia medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) (Amanda Reis Almeida Silva, Textos para Discussão nº 69-2018 - Tendências da variação de custos médico-hospitalares: comparativo internacional, cit.).

¹⁹ Afinal, como observado por Flavio Galdino: *O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos quase sempre elevados (isto é, são custeados por escassos recursos captados na coletividade de cada indivíduo singularmente considerado), e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais - impondo o sacrifício de alguns deles, implica também o reconhecimento de que aqueles (os direitos) devem ser exercitados com responsabilidade. (...) os direitos, corretamente compreendidos, promovem a responsabilidade no respectivo exercício* (Flavio Galdino, Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 213-214).

participantes. Afinal, cada direito adicional que se pretenda agregar ao contrato tem seu custo matematicamente calculado. Por isso mesmo, a interpretação extensiva, aparentemente generosa, acaba por comprometer o mutualismo e o equilíbrio das prestações estabelecidas em cada Plano de Saúde. Também por esse motivo, pelo impacto no cumprimento da função mutualística precípua, impõe-se a necessidade de interpretação restritiva das coberturas contratadas, como ocorre no caso dos contratos de seguro.²⁰

19. O entendimento do equilíbrio econômico dos contratos no âmbito mutualístico permite compreender, em perspectiva singular, a função social dos contratos de saúde suplementar, os quais se destinam a promoção do interesse coletivo (de cada um e) de todos os participantes. O respeito à função social, nesse caso, significa o apego as normas legais e contratuais que preservam o interesse dos demais participantes. Em se tratando de Planos de Saúde, não é possível o atendimento à sua função social sem a preservação do equilíbrio dos demais participantes vinculados ao mesmo fundo mútuo.
20. Nessa espécie contratual, de fato, revela-se de maneira evidente o princípio da função social, na exata medida em que o interesse individual, para ser exercido e guarnecido, depende visceralmente do respeito ao direito de todos os demais participantes, em recíproca proteção e sustentabilidade.²¹ Tomando-se de empréstimo o vetusto brocardo latino *unus pro omnibus, omnes pro uno*, notabilizado por Alexandre Dumas como símbolo da

²⁰ Na lição de Pedro Alvim, o segurador *é obrigado a delimitar a cobertura e estabelecer rigidamente as condições em que pode aceitá-la. Resulta dessas cautelas um elenco de cláusulas que compõem as condições gerais e particulares da apólice. (...) Uma das normas importantes para o contrato de seguro é a que determina a interpretação restritiva de suas cláusulas. É necessário aplicar estritamente os termos convencionais, sobretudo com relação aos riscos cobertos. Há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio. Forçar essa correlação por via de interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia dos contratos de seguro* (O Contrato de Seguro, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 3. ed., pp. 173-176).

²¹ Destaca, nesta direção, Flavio Galdino: *fruir sem pagar, sem sequer ter consciência do custo, estimula a irresponsabilidade no exercício dos direitos e o egoísmo. Em última análise, e considerando que essa situação, globalmente considerada, aumenta o custo dos serviços é possível afirmar que toda a sociedade paga para um indivíduo 'gratuitamente'*

solidariedade dos heróis de *Os Três Mosqueteiros*, pode-se concluir que, em tema de Plano de Saúde, a flexibilização interpretativa de um único contrato prejudica todo o Plano contratado e a sua função social: *un pour tous, tous pour un*.

21. Ainda em tal dimensão mutualística deve ser compreendida a intensa incidência da boa-fé objetiva sobre os contratos de Plano de Saúde. O respeito estrito a comutatividade invoca a incidência da boa-fé em suas três funções fundamentais, amplamente reconhecidas pela doutrina. Estabelece, em primeiro lugar, deveres anexos de informação, lealdade e transparência quanto a cobertura disponível, as doenças pré-existentes e aos riscos pessoais dos participantes. Em seguida, em seu papel interpretativo, a boa-fé exige que os contratantes se atenham ao sentido comum perseguido com o contrato, sem expansão das contraprestações a serem exigidas dos operadores.
22. Finalmente, em sua função negativa ou delimitadora de direitos, ainda como expressão da boa-fé, coíbe-se o abuso no exercício de direitos, sendo certo que, *in casu*, a negativa de cobertura, quando fundamentada em normas contratuais ou regulamentares, revela-se exercício regular do direito por parte das operadoras.²² Tal é a hipótese em análise, em que a exclusão de procedimentos não previstos no contrato e que extrapolam o Rol da ANS configura exercício regular de direito por parte das operadoras dos Planos de Saúde, a afastar a possibilidade, mesmo em tese, de configuração de dano injusto, bem como, consequentemente, do dever de reparar.²³ Mostra-se incabível, por isso mesmo, o

fruir um direito (Flavio Galdino, Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores, cit., p. 326).

²² Sobre a valoração quanto ao exercício de direitos, v. Judith Martins-Costa: No seu mais amplo significado, para o Direito, interpretar é, fundamentalmente, atribuir sentido a um texto normativo, definindo o seu alcance. (...) É, portanto, esclarecer, explicitando sobre a significação do texto e orientando sobre o sentido das estruturas normativas prescritivas do ordenamento. (...) Toda interpretação contratual envolve, pois, um juízo de respeito e atenção ao manifestado pelas partes (então subjazendo os princípios da autonomia privada e da confiança) e um juízo de qualificação ou categorização jurídica incidente tanto sobre a declaração negocial quanto sobre o exercício jurídico pelos contraentes (A Boa-fé no Direito Privado, São Paulo: Saraiva Jur, 2018, 2. Ed., p. 488).

²³ Nessa direção, cfr. a seguinte decisão: (...) não há abusividade na ausência de previsão de prestação de tratamento home care, pois os contratos de seguro-saúde

pleito de reparação por danos morais decorrente da negativa de autorização para tais procedimentos.

23. Ressalte-se, ainda, a existência de procedimento específico para os casos de divergência técnico-assistencial sobre procedimento ou evento em saúde a ser coberto pelas operadoras de planos de assistência à saúde, quando contidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS ou no instrumento contratual. Tal procedimento encontra-se previsto e regulamentado pela Resolução Normativa ANS nº 424, de 26 de junho de 2017²⁴, nos termos da qual *as operadoras devem garantir, em situações de divergência técnico- assistencial sobre procedimento ou evento em saúde a ser coberto, a realização de junta médica ou odontológica, com vistas a solucionar referida divergência quanto ao procedimento indicado* (art. 6º). A junta médica será composta por três profissionais, quais sejam, o assistente, o profissional da operadora, e um desempatador, devendo o parecer do desempatador ser acatado para fins

são regidos por lei específica, a Lei 9.656/98, que enumera, em seu artigo 12, as coberturas mínimas que eles devem oferecer, sob pena de abusividade. Embora conste naquele rol a internação hospitalar, não se observa qualquer alusão à domiciliar, de forma que as seguradoras não estão obrigadas a prestar esse serviço nem cometem alguma ilegalidade ao deixarem de fazê-lo, porque foi a própria lei que deixou espaço para a livre contratação entre as partes, conforme seus interesses pessoais, quanto a esse ponto. Embora a situação da apelante pareça apontar no sentido de que a ré deveria suportar esse prejuízo em prol da dignidade, saúde e vida daquele, não se pode olvidar que a multiplicação de decisões como essa acaba por impor tamanho gravame às operadoras de planos de saúde que não lhes resta outra opção a não ser repassar esse custo adicional a todos os demais segurados, através do aumento da contraprestação por eles devida, o que restringe o número de pessoas que poderiam se beneficiar desse serviço e sacrifica ainda mais aqueles que persistem. Em outras palavras, prejudica-se toda a sociedade e oneram-se os demais segurados a fim de beneficiar alguns poucos indivíduos aos quais se pretende assegurar vantagens pelas quais não pagaram, sendo certo que não é a empresa privada, ao contrário do Estado, seguradora total e universal (...)” (TJRJ, AC nº 0003503-83.2012.8.19.0202, 1ª C.C., Rel. Des(a). Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, julg. 18.6.2013).

²⁴ A corroborar a lógica do sistema e a natureza taxativa do Rol da ANS, o Art. 3º, II, da Resolução Normativa ANS nº 424, de 26 de junho de 2017, determina que não se realizará a junta médica na hipótese de procedimentos ou eventos não previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde ou no instrumento contratual: *Não se admite a realização de junta médica ou odontológica nas seguintes situações: (...) II — procedimentos ou eventos não previstos nem no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e nem no instrumento contratual; (...).*

de cobertura.²⁵ O referido procedimento, criado no âmbito da atividade regulatória desempenhada pela ANS, há de ser respeitado pelo Poder Judiciário quando devidamente realizado, sem embargo do controle quanto a legalidade da decisão proferida pela junta médica. A sua rejeição, a despeito de expressa previsão regulamentar ou contratual, revela, também sob esse viés, a quebra da boa-fé objetiva por parte do beneficiário.

24. Na esteira de tais conclusões, não se mostra supérfluo afirmar que a atuação das equipes técnicas, convocadas pelos operadores no controle dos procedimentos, não se destina a proteger a empresa administradora, em favor de interesse próprio. As equipes técnicas controlam os gastos individuais excessivos e não autorizados em favor do fundo mutual ou mutualístico, para proteção do conjunto de participantes de cada Plano de Saúde. Por isso mesmo, as empresas administradoras de Planos de Saúde têm o dever fiduciário de conter as contas aos limites atuariais de modo a evitar o aumento desmesurado das despesas, o descontrole e a debacle dos serviços, com o incremento de custos para cada um dos usuários do sistema.
25. Em definitivo, é certo que, em se tratando de saúde, não há vencedores ou vencidos. Qualquer escolha impõe resultado sempre dramático. Por isso mesmo, a atenção estrita às normas regulamentares e contratuais mostra-se o único meio para preservar a saúde coletiva do fundo mutualístico e dos demais participantes. Em razão de tais circunstâncias, não há abuso do direito ou dano injusto na negativa de cobertura atinente a procedimento estranho ao Rol periodicamente publicado pela ANS.

V. Resposta aos quesitos:

1. O Rol da ANS é meramente exemplificativo?

Resposta: Não. As operadoras dos Planos de Saúde se encontram obrigadas à cobertura mínima para todo e qualquer Plano contratado a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, não lhes sendo facultado, em consequência, subtrair do espectro de cobertura qualquer

²⁵ Art. 6º §1º. A junta médica ou odontológica será formada por três profissionais, quais sejam, o assistente, o da operadora e o desempatador. §2º. O profissional assistente e o profissional da operadora poderão, em comum

item do Rol estabelecido pela ANS. Tal lista, juntamente com as demais restrições heterônomas e com o conteúdo adicional avençado pelas partes, definem a comutatividade contratual e o equilíbrio econômico das prestações. Justamente por tal motivo, o Rol de procedimentos e eventos da ANS deve ser considerado absolutamente taxativo no que se refere à cobertura obrigatória prestada pelas operadoras, já que o seu conteúdo é vinculante e definidor da comutatividade contratual, sendo a contrapartida econômica do preço das mensalidades. Sua função é estabelecer a cobertura mínima, isto é, a abrangência do Plano de Saúde, a ser precificada no contrato. Fosse o Rol da ANS exemplificativo, desvirtuaria-se sua função precípua, não se podendo definir o preço da cobertura diante de lista de procedimentos indefinida ou flexível.

2. A prescrição do médico assistente deve sempre prevalecer ou há hipóteses em que a negativa de cobertura pela operadora de saúde é legítima?

Resposta: A negativa de cobertura é legítima e deve prevalecer em relação à prescrição do médico assistente nas hipóteses em que o procedimento almejado não se insere na cobertura contratada, tampouco no Rol da ANS, sob pena de se assegurar aos beneficiários procedimentos que sequer detenham a devida comprovação de acurácia, eficácia e dos riscos à saúde - previamente ponderados sob o ponto de vista técnico acarretando o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de Plano de Saúde. A interpretação extensiva ou flexível das normas regulamentares rompe o equilíbrio entre as prestações, isto é, a correspondência entre o preço pago pelo usuário e o leque de procedimentos cobertos. Nesse cenário, as Resoluções da ANS funcionam de forma dúplice, protegendo os usuários do sistema, para

acordo e a qualquer momento, estabelecer a escolha do desempataador. §3º. O comum acordo na escolha do desempataador, previsto no §2º, não desobriga a operadora do cumprimento das demais exigências para a realização da junta médica ou odontológica. §4º. O parecer do desempataador será acatado para fins de cobertura. §5º A operadora deverá garantir profissional apto a realizar o procedimento nos termos indicados no parecer técnico conclusivo da junta”.

que lhes seja assegurado o amplo Rol de cobertura mínima e, ao mesmo tempo, impedindo que o interesse individual de um contratante desequilibre a comutatividade estabelecida, em prejuízo aos demais contratantes vinculados ao fundo comum. No ambiente mutualístico, a extensão dos direitos individuais contratados, embora sedutora na busca de alternativas de tratamentos, produz consequências econômicas devastadoras, com repercussão negativa em todo o conjunto de participantes do plano, majorando os custos das mensalidades e rompendo o equilíbrio contratual de todos os demais contratos. Assim, ao contrário do que a percepção comum pudesse cogitar, os primeiros prejudicados com o desequilíbrio econômico de determinado contrato de Plano de Saúde são os demais participantes. Registre-se, ainda, para a hipótese de divergência entre os procedimentos contidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde ou no instrumento contratual, a existência de procedimento específico - a composição de junta médica, prevista na Resolução Normativa ANS nº 424, de 26 de junho de 2017. O referido procedimento, criado no âmbito da atividade regulatória desempenhada pela ANS, há de ser respeitado pelo Poder Judiciário quando devidamente realizado, sem embargo do controle quanto à legalidade da decisão proferida pela junta médica.

3. A negativa de cobertura de procedimento não incorporado ao Rol da ANS se caracteriza como exercício regular de direito, afastando a reparação por danos morais?

Resposta: Sim. Considerando a dimensão mutualística dos contratos de Plano de Saúde, deve ser compreendida a intensa incidência da boa-fé objetiva à espécie contratual, em suas três funções fundamentais. Em sua função negativa ou delimitadora de direitos, coíbe-se o abuso no exercício de direitos, sendo certo que, *in casu*, a negativa de cobertura, quando fundamentada em normas contratuais ou regulamentares, revela-se exercício regular do direito por parte das operadoras. Tal é a hipótese em análise, em que a exclusão de procedimentos não previstos no contrato e que extrapolam o Rol da ANS configura exercício regular de direito por parte das operadoras dos Planos de Saúde, a afastar a possibilidade, mesmo em tese, de configuração

de dano injusto, bem como, conseqüentemente, do dever de reparar. Mostra-se incabível, por isso mesmo, o pleito de reparação por danos morais decorrente da negativa de autorização para tais procedimentos.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2019.


Prof. Gustavo Tepedino

NOTA

Por envolver relevante discussão sobre a legislação que rege a atividade do **resseguro** e de sua estrutura operacional, o Conselho Editorial da RJS considerou o texto que se segue de grande interesse dos leitores para constar desta edição de número 12 da Revista. Trata-se da petição inicial de ADI, transcrita na sua quase totalidade, proposta no Supremo Tribunal Federal em nome da CNseg, ação essa que tem por objeto a Resolução nº 380/2020 do Conselho Nacional de Seguros Privados.

O Escritório Ernesto Tzirulnik, patrono da causa, foi selecionado em regime de concorrência, na qual foi utilizado o critério da especialização técnica, além de outros. Entre as razões apresentadas na petição destacam-se a falta de competência do CNSP para legislar sobre aspecto reservado à lei, bem como, no mérito, o risco de desequilíbrio que a alteração produzida poderia acarretar para o sistema.

Com efeito, a CNseg contesta a disposição da Resolução CNSP nº 380/2020 que autoriza a contratação direta de resseguro, sem garantia de seguro prestada por sociedade seguradora, pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (OPS). Para conhecer as razões da CNseg, recomenda-se a leitura integral do texto.

No momento em que esta Nota é escrita, a ação já havia sido distribuída ao Relator, Ministro Celso de Mello, que ainda não proferira nos autos qualquer decisão.

Luiz Tavares

Resseguro - Inconstitucionalidade da resolução CNSP nº 380/202

Ernesto Tzirulnik*

Paulo Luiz de Toledo Piza**

Gustavo de Medeiros Melo***

Gustavo Palheiro Mendes de Almeida****

I- OBJETO DESTA AÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade da **Resolução nº 380 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)**, de 04.03.2020, que, a despeito da indevida roupagem de mero regulamento, tem, na realidade, natureza jurídica de ato normativo autônomo, geral e abstrato em descompasso direto com a **Constituição Federal de 1988**.

O CNSP é órgão integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados, criado pelo Decreto-Lei nº 73/66 (art. 32), vinculado ao Poder Executivo. Em sessão ordinária realizada em 04 de março de 2020, o órgão editou a **Resolução (Normativa) CNSP nº 380/2020**, em vigor desde o dia **1º de abril de 2020** (art. 6º).

* Advogado. Doutor em Direito Econômico (USP). Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Coordenador da comissão de técnicos e juristas elaboradora dos Anteprojetos de Lei de Contrato de Seguro (PL 3.555/2004 a PLC 29/2017).

** Advogado. Doutor em Direito (USP). Mestre em Direito Internacional (USP). MBA em Gestão de Risco Financeiro e Atuarial (FEA-USP). 1º Vice - Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro.

*** Advogado. Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP).

**** Advogado, bacharel pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sócio do escritório Ernesto Tzirulnik - Advocacia (ETAD).

Sob o pretexto de alterar ato normativo anterior (Resolução CNSP nº 168/2007), a Resolução CNSP nº 380/2020 **inovou** de maneira inequívoca no ordenamento jurídico nacional (mais precisamente, na regulação do Sistema Financeiro Nacional), **adentrando em campo reservado à lei complementar**, nos termos do art. 192 da Constituição Federal¹. Seu conteúdo é o seguinte:

Art. 1º Alterar a Resolução CNSP nº 168, de 17 de dezembro de 2007.

Art. 2º. O § 1º do art. 2º da Resolução CNSP nº 168, de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º Equiparam-se à sociedade seguradora a sociedade cooperativa autorizada a operar em seguros privados e a entidade aberta de previdência complementar (EAPC) que contratam operação de resseguro, desde que a estas sejam aplicadas as condições impostas às seguradoras pelo CNSP. (NR).

Art. 3º O art. 2º da Resolução CNSP nº 168, de 2007, passa a vigorar acrescido do § 3º a seguir:

§ 3º Equiparam-se à cedente a entidade fechada de previdência complementar (EFPC) e a operadora de plano privado de assistência à saúde que contratam operação de resseguro, sem prejuízo das atribuições de seu órgão regulador e fiscalizador, ficando as atribuições da SUSEP, no tocante às EFPCs e às operadoras de planos privados de assistência à saúde, limitadas à supervisão dessas operações. (NR).

Art. 4º O art. 44 da Resolução CNSP nº 168, de 2007, passa a vigorar com a redação a seguir:

Art. 44. A SUSEP poderá, a qualquer tempo, realizar inspeções in loco, bem como exigir das entidades abertas de previdência complementar, das sociedades seguradoras, dos resseguradores locais, das corretoras de resseguro e dos escritórios de representação, a

¹ Confira-se o teor da norma constitucional: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

prestação de informações e a apresentação de documentos que julgar necessários para o exercício de suas funções de controle e fiscalização.
(NR).

Art. 5º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Resolução CNSP nº 168, de 2007:

I - os §§ 1º e 3º do art. 14 e o § 5º do art. 15;

II - o parágrafo único do art. 17; e

III - os art. 21 a 26.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor em 1º de abril de 2020.

Com essas disposições, a Resolução CNSP nº 380/2020 autorizou a contratação direta de resseguro, sem garantia de seguro prestada por sociedade seguradora, pelas **Entidades Abertas de Previdência Complementar** (EAPC), pelas **Entidades Fechadas de Previdência Complementar** (EFPC) e pelas **Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde** (OPS).

Isso significa que, mesmo não estando estruturadas e autorizadas a funcionar como seguradoras, na forma da lei, tais entidades poderão afastar a atual estrutura jurídico-negocial das operações – e inerentes às mesmas, como adiante se verá – para se garantirem diretamente com os resseguradores. Na via reflexa, ainda em caráter inovador, a Resolução permite que os resseguradores passem a atuar como se fossem companhias seguradoras, o que é expressamente vedado pela lei.

Mais à frente, a par da supina inconstitucionalidade da aludida Resolução, indicaremos os graves problemas que decorrem dessa nova configuração e os riscos sistêmicos gerados para o Sistema Nacional de Seguros Privados, parte integrante do Sistema Financeiro Nacional, e para o mercado por ele regulado.

Por ora, importa saber que a **Resolução CNSP nº 380/2020** constitui típico ato normativo autônomo que **inova** no ordenamento jurídico nacional com generalidade e abstração, sem individualizar casos ou pessoas sujeitas à sua incidência, dotado de imperatividade, pois emanado do órgão responsável por fixar as diretrizes e normas da política nacional de seguros privados, e permanente, não se tratando de regramento provisório.

II-CABIMENTO DESTA AÇÃO DIRETA

Nos termos do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, a presente ação constitucional se volta contra ato normativo federal primário que, sem autorização constitucional, inaugurou um regime de “**resseguro direto**” não admitido pelo sistema normativo disciplinador do resseguro brasileiro: Lei nº 9.656/1998 e Lei Complementar nº 109/2001, conformadas pela Lei Complementar nº 126/2007.

O Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, em sede doutrinária, assinala que *de parte o elenco do art. 59 da Constituição, outras espécies normativas sujeitam-se ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado*, dentre as quais *os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei*, observando S. Exa. que, *neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal*.²

A jurisprudência deste Supremo Tribunal assenta-se nesta mesma posição, a exemplo do precedente abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL. RESOLUÇÃO Nº 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DEFINIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. (...) MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. INDELEGABILIDADE. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. FUNÇÃO NORMATIVA EM SEDE ADMINISTRATIVA. LIMITES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. 1. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, viável o controle abstrato da constitucionalidade de ato do Tribunal Superior Eleitoral de conteúdo jurídico-normativo essencialmente primário. A Resolução nº 23.389/2013 do TSE, ao inaugurar conteúdo normativo primário com abstração, generalidade e autonomia não veiculado na Lei Complementar nº 78/1993 nem passível de ser dela deduzido, em afronta ao texto constitucional a que remete – o art. 45, caput e § 1º, da Constituição Federal –, expõe-se ao controle de constitucionalidade

² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 247/248 (grifou-se).

concentrado. Precedentes. 2. Embora apto a produzir atos abstratos com força de lei, o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo, tem os seus limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador complementar, no caso a Lei Complementar nº 78/1993 e, de modo mais amplo, o Código Eleitoral, recepcionado como lei complementar. Poder normativo não é poder legislativo. A norma de caráter regulatório preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral. Pode conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, limite do agir administrativo. Regras novas, e não direito novo. (...). 7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos³.

É importante destacar que o controle de constitucionalidade que se instaura aqui **não envolve confronto intermediário de legalidade**. A análise sistemática sobre as leis ligadas a esse assunto, que representam o chamado “marco regulatório” do Sistema Nacional de Seguros Privados, será apenas um pano de fundo para mostrar que a **Resolução CNSP nº 380/2020**, legislando de forma primária sobre matéria estranha à sua alçada administrativa, usurpou diretamente a competência do Congresso Nacional.

Portanto, a questão aqui é fundamentalmente constitucional. A **Resolução CNSP nº 380/2020** afronta diretamente a competência privativa do Congresso Nacional para legislar, mediante lei ordinária, via de regra, ou por lei complementar, quando verse aspectos centrais do Sistema Nacional de Seguros Privados, violando assim os artigos

³ STF, Pleno, ADI 5.028, Relatora p/ Acórdão Min.^a Rosa Weber, j. 01/07/2014. Nesse mesmo sentido estão a ADI nº 3.731/MC-PI (Pleno, Min. Cezar Peluso, j. 29.08.2007) e a ADI nº 4.105-DF (Pleno, Min. Marco Aurélio, j. 17.03.2010). Esta última foi resultado inclusive de uma conversão pelo STF da ADPF nº 1.218-DF (movida contra Portaria nº 2.814/98 do Ministério da Saúde), por considerar que, apesar de se tratar de Portaria, o ato normativo emitido pelo Poder Executivo inovava em relação à Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), constituindo, portanto, ato normativo autônomo, sujeito a controle concentrado de constitucionalidade.

21, inc. VIII⁴, e 22, incisos I⁵ e VII⁶, e art. 192⁷ da Constituição Federal de 1988.

Com esse nível de descompasso, a norma impugnada, por consequência, afronta o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), o princípio da tripartição dos poderes (CF, art. 2º) e a legalidade administrativa (CF, art. 37).

Eis a tese jurídica sustentada na presente ação com o apoio dogmático do Professor GILBERTO BERCOVICI, Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), e do Professor GUSTAVO BINENBOJM, Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Em suma, a presente ADI constitui a via processual adequada para impugnar a **Resolução CNSP nº 380/2020**. Na pior das hipóteses, se porventura esse eminente Ministro Relator entender que o remédio mais adequado seria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a requerente espera desde já, em atenção à relevância do debate constitucional aqui travado, seja a presente ADI convertida em **ADPE**, pelo princípio da fungibilidade, consoante será explicado ao final desta petição.

III- LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização é uma entidade de classe que congrega categoria econômica homogênea, com atuação em todo o território nacional, agrupando as federações

⁴ Art. 21. *Compete à União: VIII - administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.*

⁵ Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*

⁶ Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.*

⁷ Art. 192. *O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

que representam as empresas integrantes dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização, conforme estabelece seu Estatuto Social:

Art. 1º – A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNseg, regida por este Estatuto Social pelas disposições legais aplicáveis, doravante designada CNseg, com base territorial em todo território nacional, sede na rua Senador Dantas, nº 74, 16º (parte), Centro, Rio de Janeiro, Cep: 20031-205 e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro é uma associação civil, sem fins lucrativos, com atuação no território nacional, que congrega as Federações que representam as empresas integrantes dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização.

Parágrafo único - A CNseg poderá manter escritórios de representação em qualquer ponto do território nacional.

A requerente congrega a Federação Nacional de Seguros Gerais (FENSEG), a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FENAPREVI), a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) e a Federação Nacional de Capitalização (FENACAP), um universo de federações que representam cerca de 150 empresas do referido segmento econômico, distribuídas e presentes em mais de 9 (nove) Estados da Federação, como exige a jurisprudência do STF.⁸

O Estatuto Social da CNseg também prevê, entre seus objetivos institucionais, a ampla representatividade da requerente para atuar perante os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em defesa dos direitos e interesses dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização, bem como para propor as ações judiciais na qualidade de representante do mercado (art. 2º, I e XV):

Art. 2º – São objetivos institucionais e prerrogativas da CNseg:

I. Representar perante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os direitos e interesses dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização; (...)

⁸ STF, Pleno, ADI 3.617-DF, Min. Cezar Peluso, j. 25.05.2011.

XV. Propor, como representante do mercado, ações judiciais;

Assim, a finalidade institucional da CNseg tem total **pertinência** com a matéria objeto da **Resolução CNSP nº 380/2020**, considerando que se trata de ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), que interfere na competência da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), na estrutura regulatória do Sistema Nacional de Seguros Privados e na atuação das entidades fechadas de previdência complementar, das operadoras de planos privados de assistência à saúde, das seguradoras e dos resseguradores.

Na verdade, a pertinência temática da CNseg é bem conhecida nesta Corte Constitucional. O STF já reconheceu sua legitimidade em várias ocasiões.⁹ Exemplo mais recente disso é a **ADI nº 5.984-PR**, em que o Plenário do STF, em acórdão de 20.12.2019, por unanimidade, relatado pelo eminente Min. GILMAR MENDES, fez a seguinte anotação preliminar:

Preliminarmente, reconheço a legitimidade da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSeg, confederação sindical, para a propositura da ação (art. 103, IX, da Constituição e art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999). A caracterização da pertinência temática entre a atividade da autora e o objeto desta ação é verificada a partir do disposto no art. 2º, I, de seu estatuto social, que lhe comina defender os interesses dos segmentos de seguros e saúde suplementar¹⁰.

Nessa perspectiva, não há dúvida quanto à legitimidade ativa e pertinência temática da CNseg para propor a presente Ação Direta, na forma do art. 103, IX, da Constituição Federal e do art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/99, como *confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*.

IV - CONTEXTO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO CNSP Nº 380/2020

Como advertimos de início, a presente ação não tem por objeto discutir conflito entre leis, mas, sim, corrigir um vício constitucional grave diretamente ligado à *usurpação de competência privativa do Congresso*

⁹ STF, Pleno, ADI nº 4.704-DF, Min. Luiz Fux, j. 21.03.2019; ADI nº 5.835-DF, Min. Alexandre de Moraes; ADI nº 6.153-RJ, Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁰ STF, Pleno, ADI 5.984-PR, Min. Gilmar Mendes, j. 20/12/2019.

Nacional. No entanto, para demonstrar por todos os ângulos essa anunciada ofensa constitucional que se pretende corrigir, é importante expor primeiro o contexto normativo que envolve a **Resolução CNSP nº 380/2020**.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 73/66, recepcionado pela Constituição de 1988 com status de **lei complementar**, consoante reconhecido pelo STF¹¹, instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, determinando que todas as operações de seguros privados realizados no país estão subordinadas às suas disposições, compreendendo o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, como forma de pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado (art. 4º).

O Sistema Nacional de Seguros Privados, instituído pelo Decreto-Lei nº 73/66, compreende o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), resseguradores e sociedades seguradoras autorizadas a operar em seguros privados.

Ficou estabelecido ali que o controle do Estado se exercerá no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro (art. 2º), tendo como política pública *promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País, promover o aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras* e *“preservar a liquidez e a solvência das Sociedades Seguradoras*” (art. 5º).

De acordo com o Decreto-Lei nº 73/66, as seguradoras só podem operar como tais, vale dizer, celebrando contratos de seguro, sendo-lhes vedado explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria (Dec.-lei nº 73/66, art. 73 e 78). Os resseguradores, por sua vez, são autorizados a realizar somente operações de resseguro, como visto integradas como operações de seguro, sendo-lhes também vedado o exercício de qualquer outra atividade, inclusive a de seguros (Decreto-Lei nº 73/66, art. 73 e 78).

O resseguro é negócio jurídico exclusivamente destinado a proteger a eficácia econômica e financeira do contrato de seguro, integrando as proteções ressecuritárias à própria operação de seguro, fato técnico relevante que é expresso no art. 4º do Decreto-Lei nº 73/66:

Art. 4º. Integra-se nas operações de seguros privados o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado.

¹¹ STF, Pleno, MC em ADI nº 2.223-7-DF, Min. Mauricio Corrêa.

Anos depois, com o fim do monopólio do resseguro iniciado pela Emenda Constitucional nº 13/1996, até então atribuído ao IRB – Brasil RE, o sistema normativo do resseguro, o chamado “marco regulatório”, foi reunido na **Lei Complementar nº 126/2007**, que dispôs sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário.

Muito bem. Em vários pontos, a Lei Complementar nº 126/2007 alterou o chamado Sistema Nacional de Seguros Privados instituído pelo Decreto-Lei no 73/66. Definiu como “cedentes”,¹² ou seja, como entidades legalmente autorizadas a ceder os riscos de sua atividade por meio de resseguro, as **sociedades seguradoras** e, excepcionalmente, as cooperativas autorizadas a operar seguros privados (LC nº 126/2007, art. 2º, § 1º, I, e § 3º).

O resseguro, como se sabe, é um negócio destinado a proteger as seguradoras contra o risco de ruína que pesa sobre a sua atividade empresarial, isto é, o risco da seguradora não se ver em condições de, através da técnica própria de seguro, garantir interesses sujeitos a riscos. Na dicção legal, resseguro é *operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador* (LC nº 126/2007, art. 2º, § 1º, III).

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) e as entidades de previdência complementar (EPC), que não se estruturam como seguradoras e não interagem de forma orgânica no Sistema Nacional de Seguros Privados, sempre foram obrigadas a contratar os seguros de suas operações com as seguradoras locais, como fazem inúmeras empresas do setor financeiro, imobiliário etc. Estas, as seguradoras, seguindo as práticas de solvência a que estão subordinadas, garantem suas exposições mediante a contratação de resseguro.

¹² A expressão “cessão de riscos” não é juridicamente precisa, embora usual para identificar a posição da seguradora nas operações de resseguro. As seguradoras continuam integralmente responsáveis perante os segurados e seus beneficiários, para quem o resseguro é *res inter alios acta*. Elas protegem-se contra os seus próprios riscos, no exercício da atividade econômica de prestação de serviços de garantia de seguro. É o que dispõe o artigo 14 da LC nº 126/2007: *Os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando as cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los.*

Todavia, no que tange às operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) e entidades de previdência complementar (EPC), isso mudaria se a **Resolução CNSP nº 380/2020**, embora inválida por sua inconstitucionalidade, viesse a ter eficácia social.

Como anunciado acima, esse regulamento do CNSP “equiparou” as entidades de previdência complementar e as operadoras de planos de saúde à categoria de seguradoras “cedentes” para fins de contratação direta de resseguro. Isso significa, na outra ponta da relação, que os resseguradores podem atuar como se fossem “companhias seguradoras”, perante essas entidades, o que é expressamente vedado pela lei, como se verá.

Em outros termos, ao esticar o conceito de “cedente” para abranger também as entidades de previdência complementar e as operadoras de planos privados de assistência à saúde, a **Resolução CNSP nº 380/2020** pretendeu dispensá-las da contratação de seguros. Podem variar diretamente para o resseguro.

Embora aqui se discuta questão de inconstitucionalidade e isso baste para escoimar do sistema normativo a Resolução impugnada, convém lembrar que essa mal-aventurada ideia de ampliar o rol de cedentes não é nova. O intento só não prosperou até hoje em razão de inúmeras questões técnicas, econômicas e de mercado.

Certos corretores de resseguro e resseguradores, principalmente estrangeiros, vieram revelando grande interesse na supressão das seguradoras da cadeia de fornecimento. Os corretores, porque lograriam ampliar seus negócios e, conseqüentemente, o faturamento de remunerações comerciais. Os resseguradores, porque disputariam o mercado que é próprio das seguradoras sem a necessidade de aqui se instalarem e seguirem à risca o estrito regime jurídico, patrimonial, de solvência e gestão, a que estas se encontram submetidas.

Ocorre que a função pública dos seguros privados, na lição de MARCO ROSSETTI, conduz à particular característica de que *todas as normas sobre o exercício da empresa de seguro têm a mesma ratio, representada não tanto pela tutela do segurado individual, mas sobretudo pela tutela da massa de segurados considerada na sua totalidade*.¹³

Exatamente por isso é que o já mencionado art. 4º do Decreto-Lei nº 73/66 enfatiza que o sistema de resseguro integra as

¹³ ROSSETTI, Marco. Il diritto delle assicurazioni. Padova: Cedam, 2011, vol. 1, p. 79.

operações de seguros privados. Somente uma seguradora pode atuar para garantir os riscos a que se expõem os interesses de qualquer pessoa ou entidade que não se encontre no rol de integrantes da operação de seguro (seguradora, cosseguradora, resseguradora e retrocessionária), nos termos do art. 757 do Código Civil.

Coerentemente, o Decreto-Lei nº 73/66 (art. 41 a 44) e a Lei Complementar nº 126/2007 (art. 2º, § 1º, I, § 3º) reservam a posição de cedente de resseguro para as seguradoras e cooperativas que tenham sido excepcionalmente autorizadas a funcionar como seguradoras.

É um sistema fechado, que a resolução combatida de supina inconstitucionalidade quer abrir à força. Não obstante essa impermeabilidade, que é típica do sistema de seguros privados, a área econômica do governo veio fazendo esforços pela “fusão” entre a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), com hegemonia daquela.¹⁴

Embutida de última hora no programa de reestruturação da administração pública levado a cabo pelo governo federal, a possível incorporação da Previc (Superintendência Nacional de Previdência Complementar) pela Susep (Superintendência de Seguros Privados) possui contornos sombrios e que frequentemente passam despercebidos por aqueles potencialmente mais afetados: os cidadãos que dependerão no futuro da boa administração de fundos de pensão. (...) A proposta é um lance de altíssimo risco. Os volumes de recursos envolvidos são gigantescos. Ao ensaiar a jogada, o governo dá um passo perigoso para a governança e a sustentabilidade dos fundos de pensão no Brasil, inclusive para a Funpresp (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal), criada há poucos anos como alternativa ao Regime Próprio de Previdência dos servidores da União. (...) Não se tem conhecimento se houve algum estudo elaborado pelo governo sobre os impactos de tais medidas, ou se a ideia decorre de pressões corporativas de servidores da Susep, que há muito tempo intentam encampar a fiscalização da Previc e do Banco Central, apesar das evidentes especificidades de cada área do mercado financeiro.

¹⁴ Matéria Os contornos da incorporação da PREVIC à SUSEP que passam despercebidos, jornalista Kleber Cabral. Consultor Jurídico, 11.05.2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-11/kleber-cabral-contornos-incorporacao-previc-susep>. Acesso em 06.04.2020.

Sejam quais forem os interesses políticos ou econômicos que impulsionaram a tentativa de reunião de tão diferentes operações do setor financeiro sob uma mesma batuta, o fato é que a **Resolução CNSP nº 380/2020** está por vias tortas promovendo parte desse frustrado escopo, ao franquear às entidades da área da saúde e da previdência a possibilidade de figurarem na posição jurídico-contratual que o Código Civil e o “marco regulatório” do resseguro reservaram para as seguradoras.

V - O SISTEMA DO RESSEGURO EXIGE LEI NO SENTIDO FORMAL

Como fizemos questão de enfatizar de início, a análise sistemática das leis ligadas a esse assunto será apenas um raciocínio paralelo para mostrar que a **Resolução CNSP nº 380/2020** usurpou efetivamente a competência do Congresso Nacional, violando os artigos 21, inc. VIII, e 22, incisos I e VII, e art. 192 da Constituição. Senão vejamos.

A Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, já havia facultado às entidades de previdência complementar (EPC) contratarem resseguro, mas na forma da lei – e não ao arrepio da lei:

Art. 11. Para assegurar compromissos assumidos junto aos participantes e assistidos de planos de benefícios, as entidades de previdência complementar poderão contratar operações de resseguro, por iniciativa própria ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador, observados o regulamento do respectivo plano e demais disposições legais e regulamentares.

Como se vê, a norma transcrita ressalta a necessidade de a contratação de resseguro observar as *e demais disposições legais*. Em outras palavras, impõe atuação de acordo e nos limites da lei em vigor. A norma transcrita, portanto, não basta em si mesma, pois sua eficácia jurídica depende do estatuído na legislação especial do resseguro.

O mesmo ocorre com as operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS). A Lei nº 9.656/1998 prevê que “as operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade”(art. 35-M).¹⁵ Em sua parte final,

¹⁵ Art. 35-M. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade, conforme estabelecido na Lei no 9.932, de 20 de dezembro

consta que as OPS poderão contratar resseguros *conforme estabelecido na Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, e regulamentações posteriores.*

Vale dizer, remete-se expressamente à Lei nº 9.932/1999, que veio a ser revogada e substituída, justamente, pela **Lei Complementar nº 126/2007** (art. 31). Lembre-se, a esse respeito, que a Advocacia Geral da União (AGU), em resposta à Agência Nacional de Saúde (ANS), entendeu ser de constitucionalidade questionável esse art. 35-M da Lei nº 9.656/1998, mesmo após a Emenda Constitucional nº 40/2003.¹⁶

O fato é que o conjunto “e demais disposições legais”, ao qual remetem o artigo 11 da Lei Complementar nº 109/2001 e o artigo 35-M da Lei nº 9.656/1998, constitui-se do Decreto-Lei nº 73/1966, que tem status de lei complementar, e da Lei Complementar nº 126/2007, que, mesmo sendo lei posterior, em momento algum indicou ou deu qualquer pista de que as EAPC, EFPC e OPS poderiam ser “cedentes”.

Durante a tramitação do PL nº 249/2005, cuja aprovação resultou na Lei Complementar nº 126/2007, o Relator na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) da Câmara dos Deputados, Deputado NELSON MARQUEZELLI, documentou claramente o objetivo de restringir às seguradoras a posição jurídica de cedente de resseguro:

A partir da apresentação de pertinentes e oportunas sugestões, observamos que o texto poderia ser aprimorado em aspectos pontuais. Primeiramente, no art. 2º, §1º, inciso I, consideramos ser preferível delimitar como cedentes apenas as sociedades seguradoras e os resseguradores. Com relação ao inciso III deste artigo, observamos que

de 1999, e regulamentações posteriores. Destaca-se que a Lei Complementar nº 126/2007 substituiu a referida Lei nº 9.932/99.

¹⁶ AGU: *De toda forma, persistiria a dúvida interpretativa quanto à necessária aderência da atividade de resseguro ao sistema financeiro, de modo que a sua disciplina estaria sujeita ao quórum qualificado. O Poder Executivo, ao encaminhar o Projeto de Lei, e o Legislativo, ao aprovar a Lei Complementar nº 126/2007, buscaram superar essa discussão, trazendo segurança jurídica ao mercado de resseguro. No entanto, a ausência de revogação expressa do artigo 35-M da Lei nº 9.656/98 faz permanecer, no âmbito da saúde suplementar, a situação de controvérsia que antes pairava sobre toda a Lei nº 9.932/99.* (PARECER n. 00015/2018/GECOS/PFANS/PGF/AGU NUP: 33910.013115/2017-15 INTERESSADOS: ANS - DIOPE - DIRETORIA DE NORMAS E HABILITAÇÃO DAS OPERADORAS ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS).

*a redação poderia ser ajustada e, quanto ao inciso IV, entendemos que os resseguradores devem poder efetuar contratos de retrocessão junto às seguradoras, visando ao aproveitamento de suas disponibilidades de capital. Com relação ao § 3º, consideramos ser importante que sejam equiparadas a cedentes apenas as sociedades cooperativas, e que a essas sejam aplicadas as condições impostas pelo órgão regulador de seguros às seguradoras.*¹⁷

Nesse contexto, a condicionante “e demais disposições legais” impede, por todos os flancos, a celebração de “resseguro direto” com outros tipos de entidades, seja porque a Lei Complementar nº 126/2007, que disciplina o funcionamento do mercado de resseguro, fixou os dois únicos tipos de entidades que podem figurar na posição de cedente de resseguro (seguradoras e cooperativas submetidas às regras de atividade das seguradoras), seja porque vedou aos resseguradores¹⁸ o exercício de atividade própria das seguradoras, seja, finalmente, porque proibiu estas últimas de atuar em outros ramos de atividade (como seria a previdência complementar e a operação de planos de saúde não securitários).

Note-se que a Lei Complementar nº 126/2007, nos artigos 14 e 15, somente permitirá espécie de relação direta, isto é, sem a interposição da seguradora (e cooperativa autorizada), quando houver liquidação da cedente do resseguro, sendo que, mesmo nesta situação, a relação será com a massa liquidanda:

¹⁷ Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio Projeto de Lei Complementar nº 249, de 2005, dispõe sobre a política de resseguro, cosseguro, retrocessão e sua intermediação, de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Relator: Deputado Nelson Marquezelli. Complementação de Voto, 2006. F F20BED12 8 - http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=369370&filename=Tramitacao-CVO+1+CDEICS+%3D%3E+PLP+249/2005

¹⁸ As resseguradoras apenas podem “ceder” responsabilidades assumidas junto às companhias seguradoras nacionais. A lei autoriza que as retrocessões feitas pelos resseguradores sejam “cedidas” para outras resseguradoras ou às próprias companhias seguradoras nacionais, nunca para outros tipos de entidades que não se encontrem submetidas ao Sistema Nacional de Seguros Privados. A respeito cf. artigo 2º, § 1º, I e IV. Neste último inciso a definição do termo retrocessão: *retrocessão: operação de transferência de riscos de resseguro de resseguradores para resseguradores ou de resseguradores para sociedades seguradoras locais.* Enfim, mais uma prova de que as EAPC, EFPC ou OPS não estão contempladas no sistema.

Art. 13. Os contratos de resseguro deverão incluir cláusula dispondo que, em caso de liquidação da cedente, subsistem as responsabilidades do ressegurador perante a massa liquidanda, independentemente de os pagamentos de indenizações ou benefícios aos segurados, participantes, beneficiários ou assistidos haverem ou não sido realizados pela cedente, ressalvados os casos enquadrados no art. 14 desta Lei Complementar.

Como bem destaca o Prof. GUSTAVO BINENBOJM, em sua Opinião Jurídica aqui juntada (**Doc. 05**), a Lei Complementar nº 126/2007 veio para solucionar dúvidas relevantes em torno da estrutura normativa que se desenhava para o setor de resseguros. Ao definir o resseguro em seu art. 2º, § 1º, I e III, o estatuto delimitou expressamente que (i) se trata da operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador, em que (ii) cedente é a sociedade seguradora que contrata operação de resseguro.

A Lei Complementar no 126/2007 definiu o **resseguro** como proteção típica e exclusiva de **seguradora**. Dito de outra forma, a Lei Complementar nº 126/2007 não deixou espaço para a interpretação de que entidades de previdência complementar (EPC) e as operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) realizem contratação direta de operações de resseguro. Com a palavra, o Professor GILBERTO BERCOVICI (**Doc. 05**):

O artigo 11 da Lei Complementar nº 109/2001 permite a contratação de operações de resseguro pelas entidades de previdência complementar, mas não estabelece que essas entidades possam fazê-lo diretamente, sem a intervenção de seguradoras. Pelo contrário, o artigo determina que a contratação de resseguro observe as disposições legais e regulamentares. Ou seja, as entidades de previdência complementar podem contratar resseguro de acordo com o estipulado na legislação em vigor, a saber o Decreto-Lei nº 73/1966 e a Lei Complementar nº 126/2007. O mesmo se aplica à legislação relativa às operadoras de planos privados de assistência à saúde (art. 35-M da Lei nº 9.656/1998).

Assim, o que pode ocorrer – sem que se verifique qualquer incompatibilidade com o conceito de **cedente** previsto no art. 2º da Lei Complementar nº 126/2007 – é a contratação direta de resseguro por **sociedade seguradora** que, na forma do art. 36, § único, da Lei Complementar nº 109/2001, esteja autorizada a operar plano de previdência complementar próprio das entidades abertas; ou, ainda, autorizada a operar com especialização plano privado de assistência à saúde, nos termos da Lei nº 10.185/2001.

Como se vê, antes de excepcionar a previsão do art. 2º da Lei Complementar nº 126/2007, essas hipóteses confirmam a regra ali fixada: *apenas sociedades seguradoras podem figurar como cedentes*.

As únicas hipóteses admitidas na lei que rege o setor de resseguro - de relação direta entre resseguradores e entidades não seguradoras - encontram-se previstas no § único do art. 14 da Lei Complementar nº 126/2007. São duas hipóteses condicionadas à existência de liquidação da sociedade seguradora:

Art. 14. (...) Parágrafo único. Na hipótese de insolvência, de decretação de liquidação ou de falência da cedente, é permitido o pagamento direto ao segurado, participante, beneficiário ou assistido da parcela de indenização ou benefício correspondente ao resseguro, desde que o pagamento da respectiva parcela não tenha sido realizado ao segurado pela cedente nem pelo ressegurador à cedente, quando: I – o contrato de resseguro for considerado facultativo na forma definida pelo órgão regulador de seguros; II – nos demais casos, se houver cláusula contratual de pagamento direto.

São casos excepcionais de pagamento direto de indenizações e capitais aos segurados e beneficiários, e não de contratação direta de resseguro. A coincidência de as exceções serem tão restritivas prova que o sistema rejeita a elasticidade subjetiva da posição de cedente de resseguro até mesmo no plano da execução do negócio jurídico ressecuritário.

Nessa perspectiva, o contexto introdutório acima pretendeu apenas mostrar que o sistema – Lei nº 9.656/1998, LC nº 109/2001 e LC nº 126/2007 – limita as operações de resseguro às sociedades seguradoras, razão pela qual a **Resolução CNSP nº 380/2020** inova indevidamente o ordenamento jurídico.

A rigor, seria necessária a alteração da Lei Complementar nº 126/2007 para que pudessem existir normas como as impugnadas nesta demanda.

VI - A RESOLUÇÃO CNSP Nº 380 CRIOU A FIGURA DO “RESSEGURO DIRETO”

Como se viu, a inovação empreendida pela **Resolução CNSP nº 380/2020** consiste em criar a figura do “resseguro direto” no Direito brasileiro. A opinião do Professor GILBERTO BERCOVICI (USP), em sua Nota Técnica aqui juntada (**Doc. 04**), é bem clara nesse sentido:

O CNSP não dispõe de competência para regulamentar operações de ‘resseguro direto’ para as operadoras de planos privados de assistência à saúde e entidades de previdência complementar, tendo em vista que não há previsão legal para a existência de tal modalidade. A competência do CNSP diz respeito à regulamentação das operações de resseguro legalmente previstas, o que não inclui a competência para ampliar o conceito de cedentes e, com isso, viabilizar o chamado ‘resseguro direto’.

A inovação perpetrada pela **Resolução CNSP nº 380/2020** fica ainda mais evidente pelo fato de ser vedada tal “equiparação” entre as entidades tuteladas. Como se sabe, os que exercem a atividade seguradora são proibidos de atuar em *outro ramo de comércio ou indústria* (Decreto-Lei nº 73/66, art. 73 e 78).¹⁹ Nesse ponto, observe-se a opinião do Professor GILBERTO BERCOVICI (**Doc. 04**):

Não bastasse isto, o CNSP não tem competência para regulamentar as operações de previdência complementar e de planos de saúde, ou a atividade das operadoras de planos privados de assistência à saúde e entidades de previdência complementar. Vale dizer, não pode transformar essas entidades em seguradoras ou qualificar suas operações como operações de seguro. Essa vedação, inclusive, existe pelo fato de não ser legalmente possível que entidades equiparadas a seguradoras realizem operações que não são de seguro. Afinal, a legislação brasileira proíbe que sociedades seguradoras explorem ‘outro ramo de comércio ou indústria’ (Artigos 73 e 78 do Decreto-Lei nº 73/1966).

No fundo, ontologicamente, como voltaremos a explicar no tópico XII, referente ao risco de desequilíbrios técnicos, não é possível haver autêntica operação de resseguro se não figurar, como ressegurada, uma sociedade empresária com características específicas: a sociedade seguradora. Estas estruturam suas operações de maneira toda ela específica e é essa especificidade que permite a atuação do ressegurador e a celebração de um negócio de resseguro.

As entidades de previdência complementar, em especial as fechadas (fundos de pensão) e as operadoras de planos de assistência à saúde, não estruturam suas operações do mesmo modo que as sociedades seguradoras.

¹⁹ As seguradoras especializadas em seguro saúde e as seguradoras de vida autorizadas a operar planos de benefício estão sujeitas a essa limitação de objeto social.

Além disso, como já mencionado, o Código Civil, no § único do art. 757, estabelece que: *Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada*. Essa norma não surgiu por acaso. Decorre de exigências técnicas imperiosas que definem a própria estrutura do negócio de seguro.

Desse modo, o sistema constitucional brasileiro exige que uma alteração dessa natureza na estruturação das operações de seguro e resseguro, envolvendo mudança de posição jurídica entre “cedente” e ressegurador, somente pode ser feita por meio de lei em sentido formal.

VII - A LEI COMPLEMENTAR Nº 126/2007 NÃO AUTORIZA “RESSEGURO DIRETO” PARA AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

É importante desfazer um equívoco de quem considera que o “resseguro direto” já estaria previsto na própria Lei Complementar nº 126/2007, especificamente no art. 9º, § 1º, que diz: *As operações de resseguro relativas a seguro de vida por sobrevivência e previdência complementar são exclusivas de resseguradores locais*.

Todavia, o enunciado acima não autoriza essa leitura do “resseguro direto”. É importante lembrar que a Lei Complementar nº 126/2007 é de natureza protecionista e promove o desenvolvimento do mercado nacional de resseguro por meio de reserva de mercado às resseguradoras locais.

A regra prevista no seu art. 9º segue essa política de Estado nacionalista e impõe que o risco de previdência complementar, **quando objeto de operação de resseguro**, deve ser pulverizado apenas aos resseguradores locais:

*Art. 9: A **transferência de risco** somente será realizada em operações:*

(...)

*§ 1º As operações de resseguro relativas a seguro de vida por sobrevivência e previdência complementar são **exclusivas** de resseguradores locais.*

*§ 2º O órgão regulador de seguros poderá estabelecer limites e condições para a retrocessão **de riscos referentes às operações mencionadas no § 1º deste artigo**. (grifos nossos)*

Assim, a regra não se refere à figura da cedente, que só pode ser uma companhia seguradora. A norma dispõe apenas sobre o tipo de ressegurador que pode operar numa estrutura de riscos relativos à previdência complementar em território nacional: o ressegurador local.

Em outras palavras, o legislador não autorizou ali que a entidade de previdência complementar (tampouco as operadoras de planos de saúde) possa acessar diretamente o ressegurador sem antes realizar a operação de seguro de seus riscos.

Assim como existe seguradora especializada em saúde, autorizada a operar exclusivamente no mercado de saúde suplementar, existe também a figura da seguradora autorizada a operar exclusivamente no ramo vida e previdência.²⁰ Em ambos os casos, sob a mesma lógica, é possível haver o resseguro de seus riscos: no caso das seguradoras especializadas em saúde, para qualquer ressegurador autorizado a operar no Brasil;²¹ já no caso das seguradoras de vida e previdência, apenas aos resseguradores locais.

VIII - A RESOLUÇÃO CNSP Nº 380/2020 USURPA A COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL

A Constituição Federal, nos artigos 21, VIII, e 22, VII, estabelece que é competência exclusiva da União legislar, via Congresso Nacional, sobre a política de seguros. A mesma Constituição, no art. 22, I, estabelece que é da competência privativa da União legislar, via Congresso Nacional, sobre Direito Civil e Comercial.

Aqui, como dito, o CNSP inovou para além do quadro legal dentro do qual lhe compete exercer funções meramente regulamentares, isto é, disciplinar a execução dos comandos legais, estabelecer limites, descer a minúcias administrativas. Esse órgão administrativo jamais poderia viabilizar o “resseguro direto” **por quem a lei de regência do resseguro não autorizou figurar na posição contratual de cedente**, o que, visto pela outra face, como já dito, seria o assecuramento direto pelo ressegurador, igualmente vedado pelo art. 14 da Lei Complementar nº 126/2007.

²⁰ LC nº 109/2001, art. 36, § único.

²¹ Respeitando o direito de preferência das resseguradoras locais e as demais regulamentações protecionistas do setor (art. 11, I e II da LC nº 126/07 e Resolução CNSP nº 325/2015).

A **Resolução CNSP nº 380/2020**, ao querer viabilizar a contratação direta de operações de resseguro por EAPC, EFPC e OPS, acabou se convolvando em espécie normativa primária que “desfaz” a vedação preconizada pela sistemática dos diplomas legais originais (Lei nº 9.656/1998, LC nº 109/2001 e LC nº 126/2007).

Em outras palavras, o CNSP invadiu a esfera de competência legislativa privativa da União para legislar por meio do Congresso Nacional, quer em matéria civil,²² por lei ordinária (CF, artigos 21, inc. VIII, e 22, inc. I e VII), quer em matéria estrutural-regulatória do Sistema Nacional de Seguros Privados,²³ parte integrante do Sistema Financeiro Nacional, por lei complementar (CF, art. 192).

IX-ARESOLUÇÃO CNSP Nº 380/2020 VIOLA A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA REPÚBLICA

Nessa perspectiva, a questão que se coloca para a compreensão desta colenda Corte Constitucional está em saber quais são os limites dos poderes outorgados pela lei ao CNSP. A atuação do Poder Público é pautada pelo princípio da legalidade (CF, art. 37), sujeitando-se à hierarquia normativa estabelecida no texto constitucional, o que se aplica a todos os atos administrativos, inclusive os de intervenção no funcionamento da economia.

A Lei Complementar nº 126/2007, promulgada muito tempo depois, introduziu modificações importantes no Decreto-Lei nº 73/66. Mas o CNSP e a SUSEP²⁴ tiveram suas atribuições e competências preservadas.

²² A dimensão civil é aquela que trata do negócio jurídico em si, da fase pré-contratual à pós-contratual, e está disciplinada pelo Capítulo XV do Código Civil e demais disposições sobre Direito Obrigacional. Mesmo nesta dimensão, o legislador, conhecendo a necessidade de estrutura empresarial técnica especial para a posição jurídica de segurador, reservou-a exclusivamente às entidades constituídas na forma da lei e legalmente autorizadas (CC, art. 757, § único).

²³ A dimensão empresarial é aquela que compreende a organização e atuação dos agentes econômicos do sistema de seguro, resseguro e cosseguro, sua regulação e supervisão, as regras especiais para a abrangência dessas atuações, as regras nucleares para a garantia da solvência do sistema etc.

²⁴ Ambos também são competentes, nos termos da Lei nº 6.435/77, para regular e fiscalizar as entidades abertas de previdência privada. Essa competência foi mantida pela Lei Complementar nº 109/2001, até que viesse a ser instituído um órgão regulador e fiscalizador especial (art. 74). Finalmente, a Lei nº 12.154/2009, foi criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) e para esta foi transferida a competência para a regulação das entidades fechadas

No caso particular do CNSP, essa preservação incluiu as atribuições e poderes elencados no art. 32 do Decreto-Lei nº 73/66.²⁵ Os regulamentos e atos normativos expedidos pelo CNSP são, pois, lei em sentido material e devem ajustar-se aos termos da lei em sentido formal, sob pena de invalidade.

Conforme esclarece o Prof. GUSTAVO BINENBOJM, em sua Opinião Jurídica, sob o ângulo do princípio da legalidade, a Administração, especialmente no que concerne aos regulamentos exarados por seus órgãos, como é o caso das resoluções, não pode pretender que sua atuação normativa se alce à função de legislar, seja para inovar na ordem jurídica, seja – o que é mais grave – para dispor *contra legem*.

No fio desse raciocínio, o parecer invoca passagem da Min. ROSA WEBER, no julgamento da **ADI nº 4.874-DF**, em que assinala: *a norma regulatória deve compatibilizar-se com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na*

de previdência privada. A PREVIC, por sua vez, não compõe o CNSP (artigo 33 do Decreto-Lei nº 73/66, alterado pela Lei nº 10.190/2001), hoje integrado, assim pelo Ministro da Fazenda (ou seu representante), que o presidirá, pelos representantes do Ministério da Justiça e do Ministério da Previdência e Assistência Social, pelo Superintendente da SUSEP e pelos representantes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

²⁵ Decreto-Lei nº 73/66: *Artigo 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente: I - Fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados; II - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas; III - Estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; IV - Fixar as características gerais dos contratos de seguros; V - Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; VI - delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores; VII - Estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro; VIII - disciplinar as operações de co-seguro; X - Aplicar às Sociedades Seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às Sociedades Seguradoras brasileiras ali instaladas ou que neles desejem estabelecer-se; XI - Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro; XII - Disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor; XIV - Decidir sobre sua própria organização, elaborando o respectivo Regimento Interno; XV - Regular a organização, a composição e o funcionamento de suas Comissões Consultivas; XVI - Regular a instalação e o funcionamento das Bolsas de Seguro; XVII - fixar*

criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento, à luz de critérios técnicos, dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, não o da criação de novos espaços”.²⁶

Em parecer escrito nos anos 60, sob a Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA traçou com perfeição os limites constitucionais do regulamento em face da lei editada pelo Parlamento, em recado que parece ter sido endereçado ao CNSP:

*Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos, - há abuso de poder regulamentar. Invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei. Quanto menos se regulamentar, melhor. Tem-se visto o prurido de regulamentar ir à vesânia de se reproduzirem, nos regulamentos, artigos e mais artigos da lei, subpondo-lhes, aqui e ali, frases que os interpretam restritiva ou ampliativamente. Tudo isso é inútil, e é perigoso. Regulamentar é mais difícil do que fazer a própria lei; exige pleno conhecimento do alcance das regras jurídicas legais (o de que nem sempre têm noção clara certos legisladores) e do ramo do direito em que a lei mergulha.*²⁷

Na doutrina securitária, essa lição é antiga. Em obra que se tornou referência nos anos 70, ANTONIO CARLOS OTONI SOARES já criticava o *dirigismo estatal amplo no mercado segurador*, por conta da confusão que se fazia entre o poder de fiscalizar as operações de seguro, a cargo do CNSP e da SUSEP, então criados pelo Decreto-Lei nº 73/66, e a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre contrato de seguro:

as condições de constituição e extinção de entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, sua forma jurídica, seus órgãos de administração e a forma de preenchimento de cargos administrativos; XVIII - regular o exercício do poder disciplinar das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem sobre seus membros, inclusive do poder de impor penalidades e de excluir membros; XIX - disciplinar a administração das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e a fixação de emolumentos, comissões e quaisquer outras despesas cobradas por tais entidades, quando for o caso.

²⁶ STF, Pleno, ADI 4.874-DF, Min.^a Rosa Weber, j. 01.02.2018.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. Parecer n. 47. Sobre regra jurídica de regulamento, de conteúdo próprio de lei e estranho a lei regulamentada. Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 3, 1974, p. 262.

O nosso ponto de vista: no poder de fiscalizar operações de seguros (caso típico do poder de polícia da administração), não se inclui nem o de 'fixar as características gerais dos contratos de seguros', do CNSP, nem o de 'fixar condições de apólice', da SUSEP. Tanto num caso como no outro, haveria o exercício do poder de legislar, privativo do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República ou, excepcionalmente, do Presidente da República, através de decretos-leis.²⁸

É dizer, os atos normativos da Administração Pública – resoluções, portarias, circulares, decretos – não podem revogar ou derrogar leis em sentido formal, sejam ordinárias ou complementares, nem dispor com avanço em relação ao que manda essa lei de base ou “lei primária”.

A consequência disso não poderia ser outra que não um grave vício de inconstitucionalidade por violação também aos **princípios da separação de Poderes** (CF art. 2º), da legalidade administrativa (CF, art. 37) e do próprio **princípio democrático** (CF, art. 1º).

X - O SETOR DE SEGUROS E RESSEGURO INTEGRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A doutrina nacional classifica a matéria securitária em dois aspectos: como tipo contratual e como componente do Sistema Nacional de Seguros Privados, que integra o Sistema Financeiro Nacional, como explica o Professor BRUNO MIRAGEM:

O direito brasileiro ocupa-se do seguro como um contrato e como um sistema. Como contrato, é tipo contratual com disciplina específica no Código Civil. Tomado como sistema, há de se considerar em dupla perspectiva. Isso porque funda um sistema – o Sistema Nacional de Seguros Privados – parte do Sistema Financeiro Nacional, cujo desenvolvimento é recente. Em especial, a partir da edição do Dec.-lei 73/1966, que o instituiu, e que atualmente tem seu assento constitucional no art. 192 da CF/1988. E da mesma forma a execução do contrato pressupõe um sistema contratual, no qual a plena eficácia e execução do contrato dependem da existência de série de contratos semelhantes, tendo por objeto a garantia de riscos relativamente homogêneos, dispersos por intermédio de técnica de gestão financeira e atuarial.²⁹

²⁸ SOARES, Antonio Carlos Otoni. Fundamento jurídico do contrato de seguro. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1975, p. 28.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 96, p. 157-196. Nov. - Dez./2014.

Essa leitura de que o Sistema Nacional de Seguros Privados integra o Sistema Financeiro Nacional é corrente na doutrina, como se vê em ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR:

É imperativo esclarecer o sentido da expressão Sistema Financeiro Nacional, contida no caput do art. 192 da Constituição. O sistema é uma totalidade ordenada, que compreende um repertório e uma estrutura. O repertório é formado pelos elementos que compõem o sistema e a estrutura abrange as regras que presidem as relações entre os elementos que constituem o repertório do sistema. Assim, por exemplo, são elementos do sistema financeiro, entre outros, os bancos, as cooperativas de crédito, os estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização.

As relações entre os elementos, que formam o repertório do sistema, são determinadas por regras estruturais, cuja função é definir as atribuições do Banco Central e o papel que ele exerce na fiscalização das instituições financeiras.

A lei complementar, mencionada pelo art. 192, regulará os requisitos a ser cumpridos para que as instituições integrem o sistema financeiro, bem como a competência do Banco Central, a quem cabe zelar pelo funcionamento eficiente do sistema.³⁰

O próprio Banco Central do Brasil insere o setor de seguros privados na composição do Sistema Financeiro Nacional, ao lado de segmentos como moeda, crédito, capitais e câmbio, previdência fechada, apontando seus respectivos órgãos normativos, supervisores e operadores.³¹

Nesse panorama, entende-se que a Emenda Constitucional nº 40/2003 suprimiu a exigência de lei complementar única para disciplinar todo o Sistema Financeiro Nacional, estabelecendo a possibilidade de haver várias **leis complementares**. Nesse sentido, o Professor ALEXANDRE DE MORAES: *Outra importante previsão foi a expressa determinação de desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional. A nova redação do caput do art.*

³⁰ JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Constituição, o Código de Defesa do Consumidor e o Sistema Financeiro. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. Vol. 1, p. 501-525, abr./2011.

³¹ <https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp>;

192 da Constituição Federal, dada pela EC nº 40/03, expressamente, prevê sua regulamentação por leis complementares.³²

O Professor GUSTAVO BINENBOJM, por sua vez, considera não só necessário o veículo da lei complementar para o setor de resseguro, como entende que a Lei Complementar nº 126/2007 derogou os artigos 11 da Lei Complementar nº 109/2001 (Regime de Previdência Complementar) e 35-M da Lei nº 9.656/1998 (planos e seguros privados de assistência à saúde):

Ocorre que tais diplomas legais foram derogados pela Lei Complementar nº 126/2007 (que define “a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário”), cujo art. 11 estabelece, sem ressalvas, que operações dessa natureza somente podem ser celebradas entre uma sociedade seguradora (cedente) e uma resseguradora (art. 2º, §1º, I e III).

Por outro lado, coexiste o entendimento de que, depois da última alteração do art. 192 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 40/2003, não seria mais exigível lei complementar para dispor sobre seguro e resseguro, bastando lei ordinária, de qualquer forma lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional.

Seja como for, a criação de uma posição jurídica negocial é matéria de Direito Privado sujeita à reserva legal, nos termos do inc. I do art. 22 da Constituição Federal, o mesmo sendo exigido, nos termos do art. 21, VIII, e do art. 22, VII, para alterar o arcabouço estrutural da atividade de resseguro, seja no Decreto-Lei nº 73/66, seja na Lei Complementar nº 126/2007, o qual não admite como cedentes senão as instituições financeiras seguradoras e as cooperativas especialmente autorizadas, além de vedar aos resseguradores a possibilidade de atuarem como garantidores diretos (seguradores).

XI - PRECEDENTES DO STF APÓS EC Nº 40/2003

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 40/2003, que enxugou o art. 192 da Constituição, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL continua exigindo a reserva de lei complementar para mexer na política de seguros e resseguro.

³² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 1138.

Recentemente, em 20.12.2019, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por maioria, em sede de **Medida Cautelar em ADI nº 6.262-DF**, suspendeu os efeitos da Medida Provisória nº 904/2019, que pretendia extinguir o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) e o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga (DPEM).

O voto condutor do Min. EDSON FACHIN entendeu que o Sistema Nacional de Seguros Privados integra o Sistema Financeiro Nacional, de modo que uma modificação como essa, a envolver aspectos estruturais de natureza regulatória, só pode ser feita em obediência à reserva de lei **complementar**:

O sistema de seguros, por sua vez, integra o sistema financeiro nacional, sendo subordinado à autoridade do Banco Central do Brasil (art. 18, § 1, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964). Noutras palavras, o sistema de seguros é um subsistema do sistema financeiro nacional. Nos termos do caput do art. 192 da Constituição Federal, ‘o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram’.

Como se depreende do texto constitucional, é necessária lei complementar para dispor sobre os aspectos regulatórios do sistema financeiro nacional. (...)

Além disso, alterações posteriores ao Decreto-Lei n. 73, de 1966, também foram feitas por meio de lei complementar, como a que disciplina mecanismos de participação da União na cobertura do seguro rural, nos termos da Lei Complementar n. 137, de 26 de agosto de 2010. O que essas interpretações estão a indicar é que a regulação do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga exige, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, lei complementar.³³

³³ STF, Pleno, MC na ADI 6.262-DF, Min. Edson Fachin, j. 20.12.2019.

Observe-se que até mesmo o voto vencido do Min. RICARDO LEWANDOWSKI afirmou que a *atividade legiferante concernente a disciplinar sobre a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro ou resseguro* precisa ser tratada por meio de **lei complementar**.

Ora, é justamente o problema que se acusa aqui na **Resolução nº 380/2020**. O CNSP mexeu na estrutura do sistema regulatório para transformar o funcionamento das OPS e EPC, fazendo-as atuar como se fossem seguradoras, como também mexeu no funcionamento e na forma de atuação dos resseguradores.

Como se vê, o precedente mencionado examinou questão envolvendo a extinção de um seguro obrigatório por medida provisória, mas a *ratio decidendi* é plenamente aplicável como remédio contra a invasão de competência privativa do Congresso Nacional pela **Resolução CNSP nº 380/2020**, com ofensa também à reserva de lei complementar, como sustentam alguns juristas, a partir do art. 192 da Constituição Federal, ou, no mínimo, à reserva de lei ordinária, como sustentam outros.

Em outra ocasião, em 01.08.2011, na ADI nº 3.515-SC, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por unanimidade, declarou inconstitucional a Lei nº 12.775/2003 do Estado de Santa Catarina, que tornava obrigatório o uso de equipamento de verificação de autenticidade de cédulas de dinheiro por estabelecimentos bancários, matéria reservada à Lei Complementar e de competência privativa da União, em descompasso com os artigos 21, inc. VIII, 22, inc. VII, e 192 da Constituição.³⁴

A Corte entendeu que a Emenda Constitucional nº 40/2003, ao alterar o art. 192 da Constituição, não afetou a competência exclusiva da União para legislar sobre o Sistema Financeiro Nacional, política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, conforme entendimento já construído na **ADI nº 1.357-MC-DF** (Min. MOREIRA ALVES), em harmonia com a manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, respectivamente:

apesar de o parâmetro de controle de constitucionalidade utilizado pelo requerente (inciso IV do art. 192 da Constituição Federal) ter sido revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003,

³⁴ STF, Pleno, ADI nº 3.515-SC, Min. Cezar Peluso, j. 01.08.2011.

*não ocorreu modificação da competência da União para dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional – SFN, abrangendo o funcionamento das instituições financeiras, fiscalização das operações de natureza financeira, emissão e circulação de moeda, bem como seu curso forçado (arts. 21, VII, VIII; 48, II; e 192, caput, da CF).*³⁵

* * *

O Sistema Financeiro Nacional é estruturado e regulamentado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, é constituído pelo Banco Central do Brasil, pelas demais instituições financeiras públicas e privadas e pelas demais instituições das áreas de seguro, capitalização, previdência privada e mercado de capital. (...)

*Depreende-se da análise dos autos, que o Estado de Santa Catarina ao dispor sobre o uso de equipamento que ateste a autenticidade de cédulas de dinheiro pelos estabelecimentos bancários, ou seja, sobre o sistema financeiro, violou o art. 21, inciso VIII e 22, inciso VII, da Constituição Federal. A minguada da necessária competência legislativa, não poderia o Estado de Santa Catarina dispor sobre essa matéria. Em virtude desse assunto estar constitucionalmente previsto no campo de competência privativa da União, somente lei federal poderia legislar sobre esse assunto. Ao fazê-lo incorren em manifesta inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.*³⁶

Observe-se que, neste julgamento, o STF derrubou uma lei formal do Parlamento, porque de nível estadual, o que conforta os fundamentos da presente ADI voltada contra uma resolução administrativa do Poder Executivo.

XII - RISCO DE DESEQUILÍBRIOS TÉCNICOS

O seguro moderno, como se sabe, surgiu a partir da aplicação da chamada Lei dos Grande Números a diferentes tipos de eventos, ou “acidentes”, a que um determinado grupo de pessoas está exposto. Por meio da ciência atuarial pode-se projetar a frequência e a intensidade

³⁵ Manifestação da AGU na ADI nº 3515-SC, assinada pelo Advogado-Geral da União, Alvaro Augusto Ribeiro Costa e pelo Advogado da União, André Luís Rodrigues de Souza, em 12.08.2005.

³⁶ Manifestação nº 320-PGR-AF na ADI nº 3515-SC, assinada pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, em 26.08.2005.

desses “acidentes”, que, todavia, afetarão, num determinado período, os interesses de apenas algumas pessoas do grupo considerado.

Pode-se, além disso, a partir da referida lei matemática, estimar qual deve ser a contribuição, chamada prêmio, a ser recolhida por cada uma das pessoas do grupo, a fim de que as perdas que se verificarem possam ser compensadas. O conjunto dessas contribuições forma uma espécie de fundo comum de proteção securitária, ou fundo de prêmios, que será empregado pela seguradora para a indenização dos segurados que venham a sofrer perdas, em caso de sinistro.

A empresa de seguro – e só ela – é o veículo que permite a reunião dos prêmios que, em linha teórica, devem ser recolhidos para que se possa presumir como suficientes, dentro desse esforço mutualístico, promovendo a solvência necessária para que cada garantidor (seguradora) proteja e, se o caso, satisfaça as necessidades daqueles em cuja órbita de interesses vier a realizar-se um risco garantido.

Ocorre que os cálculos estatísticos e atuariais desenvolvidos a partir da Lei dos Grandes Números podem sofrer desvios e desequilíbrios. Por mais poderosa que possas a matemática utilizada, nunca se poderá afastar a possibilidade de que tais cálculos sejam afetados.

Erros na apreciação de dados e estatísticas, mudanças de compreensão de determinados fenômenos, a exemplo de uma mudança na jurisprudência, flutuações aleatórias que conduzam à concentração de sinistros em determinado período mais curto do que o projetado, ou acontecimentos catastróficos, são fatores de desequilíbrio atuarial.

Por esse risco de desequilíbrio respondem as seguradoras. Nenhuma seguradora pode imputar ao seu conjunto de segurados a responsabilidade por eventual insuficiência do fundo de prêmios que reuniu. A seguradora, no exercício de sua atividade empresarial, corre um risco que lhe é próprio, que não se verifica em nenhum outro empreendimento: o risco de não dispor da capacidade patrimonial necessária para suportar compromissos futuros.

Precisamente porque correm esse risco, as seguradoras estão obrigadas não apenas a atender a requisitos de solvência, mas também, dentre outras exigências, a operarem dentro de limites, denominados limites de retenção, determinados de maneira específica, à vista de sua singularidade como empresa.

As seguradoras devem pulverizar esse risco operacional para se manter operando dentro dos limites próprios do exercício de sua atividade securitária, o que só podem fazer, com a amplitude necessária, por um imperativo técnico e legal, **através da contratação de resseguro** (Decreto-Lei nº 73/66, art. 79).³⁷

Em outros termos, o contrato de resseguro pressupõe sempre, num dos polos da relação, a presença de uma empresa com características específicas – **a empresa de seguros**. Uma empresa que, como referido, só é capaz de funcionar a partir da gestão de uma massa de contratos de seguro, mediante o emprego de uma técnica que lhe é peculiar.

Qualquer outro tipo de empresa, que não se estruture e opere tal como uma seguradora e não atenda aos diversos mecanismos e limites impostos por lei e pela natureza da operação, caso das referidas entidades de previdência complementar (EPC) e operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS), não se verá em condições de comercializar seguros, de maneira que sua inserção no sistema de resseguro poderá afetar a solvabilidade do todo. **Risco de desequilíbrios técnicos**.

Na outra ponta está a figura do ressegurador. Este se aproveita da gestão mutualística realizada pelas seguradoras junto a enorme massa de contratos de seguros, reunidos nas diferentes carteiras e ramos em que se divide a indústria securitária. Por isso é que se fala, por força de expressão, em resseguro incêndio, resseguro vida, resseguro auto etc.

O resseguro tem como pressuposto uma empresa cuja atividade se apoia na gestão mutualística de uma massa de contratos de seguro. Sua intervenção decorre disto, ou seja, o interesse que o ressegurador garante, ou interesse ressegurado, é um interesse que está exposto, permanentemente, a um risco, ou risco ressegurado, que somente uma empresa de seguro pode correr.

Como já se salientou, na doutrina nacional, *o eixo (...) em torno do qual gira o fenômeno ressecuritário, conferindo-lhe unidade de sentido (...), a sua razão de ser econômico-jurídica assenta-se, acima de tudo, no interesse primordial do segurador de reduzir a eventualidade de perda econômica (...). O segurador, ressegurando-se, seja*

³⁷ Art. 79. É vedado às Sociedades Seguradoras reter responsabilidades cujo valor ultrapasse os limites técnico, fixados pela SUSEP de acordo com as normas aprovadas pelo CNSP, e que levarão em conta:

- a) a situação econômico-financeira das Sociedades Seguradoras;
- b) as condições técnicas das respectivas carteiras;

*qual for o modelo técnicoempregado, sempre tem como escopo eliminar o risco que depende sobre as reservas por ele administradas e sobre o seu patrimônio, que podem ver-se de variado modo constringidos a responder pelos compromissos por ele assumidos no curso do exercício da atividade empresarial, para além dos parâmetros previstos e dos quais parte, para ensejar a realização de suas operações de seguro.*³⁸

A doutrina internacional corre no mesmo sentido. Nas palavras de RENZO CAPOTOSTI, o resseguro é um *“instrumento negocial colocado (...) à disposição da atividade securitária, que permite a completa realização dos efeitos jurídicos e econômicos conexos a tal atividade.*³⁹

Na Alemanha, KLAUS GERATHEWOHL, por sua vez, já inicia sua obra clássica destacando que o resseguro é “fator de produção” do seguro que se desenvolveu especificamente para reduzir o risco do segurador, ou seja, de uma empresa com características específicas, sujeita a *responder por eventual incorreção na repartição mutualística dos riscos segurados a que se volta.*⁴⁰

Na Espanha, ANGULO RODRÍGUEZ, ao tratar da função econômico-social do resseguro, considera-o um negócio de contratação específica por parte de sociedades seguradoras, permitindo que estas *possam diminuir ou redistribuir em maior ou menor escala os riscos que assumem, mediante sua divisão e dispersão, com o que logram homogeneizá-los, para melhor aproveitamento da lei dos grandes números e aumentar a capacidade de cobertura com um adequado equilíbrio técnico-financeiro.*⁴¹

A fixação dos limites de retenção da seguradora, aliás, é de redobrada importância não apenas para o exercício de sua própria atividade empresarial, como também para engendrar a atividade empresarial resseguradora. A determinação desses limites leva em conta diversos fatores, a começar pela identificação e consideração do que se convencionou denominar de risco isolado – um risco específico, passível de tratamento estatístico e atuarial. A taxação desse risco, que resulta do

³⁸ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de Resseguro. São Paulo: EMTS, 2002, p. 140.

³⁹ CAPOTOSTI, Renzo A. La Riassicurazione: Ricerca e Individuazione del tipo. Padova: Cedam, 1970, p. 177.

⁴⁰ GERATHEWOHL, Klaus. Reinsurance: Principles and Practice. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft e.V, 1980, p. 02.

⁴¹ ANGULO Rodríguez, Luis de. Consideraciones preliminares sobre el reaseguro. Estudios sobre el Contrato de Reaseguro. Madrid: ESS, 1977, p. 23.

exame de sua frequência e intensidade, é, portanto, condição básica para a realização das operações de seguro e, a fortiori, de resseguro.

Outros fatores inerentes à fixação dos limites de retenção de uma seguradora são a definição do alcance e extensão da cobertura do risco segurável e a consideração do patrimônio líquido ajustado da seguradora, calculado mensalmente, que não pode ser inferior ao capital mínimo requerido para funcionar e que demanda a consideração dos capitais de risco.

A técnica própria do seguro é, pois, essencial para que se determinem os limites de retenção com esteio nos quais serão estruturados os programas de resseguro que a seguradora está obrigada a ajustar, por imperativo legal e técnico.

A empresa de seguros, em síntese, projeta-se sobre os contratos de resseguro que a seguradora celebra junto a um ou mais resseguradores, tanto é que os limites de retenção a que os resseguradores estão, por sua vez, sujeitos refletem os prêmios de seguro retidos pelo segurador-ressegurado (cedente) e a classe de negócios de seguro abrangida pelo programa de resseguro.

Esse *modus operandi* do segurador, que tem como pressuposto obrigatório – e não simplesmente facultativo – o negócio de resseguro, não é compartilhado, todavia, pelas referidas entidades de previdência complementar (EPC) e operadoras de planos de assistência à saúde (OPS), cuja atividade não se ancora sobre bases tarifárias do mesmo modo que o exercício da atividade seguradora.

O resseguro, portanto, é um negócio que se volta especificamente a fazer com que uma empresa de características específicas – a sociedade seguradora – mantenha-se operando dentro do limite de retenção a que está invariavelmente adstrita. O que, todavia, não se verifica no âmbito das EPC e das OPS.

Note-se, por exemplo, que a própria Lei nº 9.656/1998, que disciplina as OPS, ao definir “Plano Privado de Assistência à Saúde”, deixa claro que eles têm por finalidade garantir “sem limite financeiro” a assistência à saúde.

Com relação às EPC, em particular os fundos de pensão, elas operam captando recursos para investi-los e proporcionar uma renda futura. Sua operação não se constrange, no que toca ao benefício de aposentação, a limites de retenção. Antes, elas devem ampliar a massa de recursos que captam para terem maior capacidade de investimento e resultado financeiro e, desse modo, conciliarem os ganhos das aplicações com os benefícios futuros a serem pagos aos associados.

Aliás, os fundos de pensão, de modo geral, sequer têm patrimônio que pudesse ser ajustado para ensejar um cálculo a título de limite de retenção. Algumas modalidades de OPS também não, o que igualmente dificulta ou mesmo impossibilita o estabelecimento de um limite de retenção em bases técnicas congruentes com as regras seguidas pelas seguradoras.

Além disso, as seguradoras também têm necessidade de constituir capital (capital de risco de crédito) para a eventualidade de um default do ressegurador, o que as EPC e as OPS, em especial aquelas que não têm lastro patrimonial, não teriam condições de fazer.

Enfim, se por um lado há também toda uma preocupação com a solvência das OPS e das EPC, por outro lado elas não passam pela necessidade de fixação de limites de retenção que as constriam a não assumir responsabilidades pela eventualidade da ocorrência de um risco isolado. No limite, portanto, se as EPC e OPS pudessem ser iguais às seguradoras como “cedentes” de seguro, obrigatoriamente se deveria exigir que calculassem e respeitassem limites de retenção de responsabilidades, atinentes às suas operações, o que demandaria toda uma mudança dos seus respectivos “marcos legais”.

Os planos de previdência e de assistência à saúde, em outros termos, não correspondem a contratos que só podem ser estruturados e comercializados através de uma empresa com características bastante específicas, como é o caso da empresa de seguro. Diferentes tipos de entidades podem estruturar e comercializar os referidos planos, sem estarem adstritas ao cumprimento da mesma disciplina técnica e operacional a que se sujeitam as seguradoras.

A par da inconstitucionalidade poliédrica da **Resolução CNSP nº 380/2020**, por esta ordem de razões, no cenário atual, sendo diversa a estrutura técnica, operacional e financeira com que são operados os planos de previdência e saúde, é tecnicamente impróprio – e pode ser muito arriscado – falar em resseguro para entidades de previdência complementar e operadoras de assistência à saúde.

Também por esse motivo – pela particular estrutura técnica da operação de seguro – é que às seguradoras, incluídas as cooperativas seguradoras – foi restringida a posição jurídico-material de “cedente”, tanto para os efeitos do Decreto-Lei nº 73/66, quanto para os efeitos da Lei Complementar nº 126/2007, o estatuto do resseguro.

A essa impossibilidade de assimilação das entidades de previdência complementar e operadoras de assistência saúde às empresas de seguro soma-se, enfim, a dificuldade de assimilação dos planos de aposentadoria e de saúde aos negócios de seguro. A confirmar a enorme diferença entre os negócios jurídicos em questão, a disciplina legal própria, atinente aos contratos de seguro, preponderantemente disposta no Capítulo XV do Código Civil, não se aplica, por definição, aos planos de aposentadoria e planos de saúde.

Por essas razões, aliás, é que se reserva às seguradoras a denominação de **cedentes**. Outras empresas e entidades não podem transferir riscos derivados da assunção de responsabilidade securitária, que se funda, como visto, na aplicação mais rigorosa possível da lei dos grandes números e num conjunto de limites de retenção, obrigatoriedade de constituição de provisões e capitais mínimos e ajustados de maneira sem igual, que não fundam, na atualidade, os esquemas previdenciários de pagamento de rendas e o fluxo de caixa dos planos de assistência à saúde.

Por fim, a nova figura criada pela **Resolução CNSP nº 380/2020** é capaz de produzir mais um grande problema adicional: considerando que as seguradoras especializadas no setor de previdência complementar só podem operar com ressegurador local, como determina o art. 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 126/2007, a supressão dessa camada intermediária de garantia, com a adoção do “resseguro direto”, tende a gerar um processo de **concentração vertical** ainda maior pela atuação hegemônica de poucos resseguradores locais em operação no mercado brasileiro.

Em termos práticos, a existência dessa primeira camada de garantia prestada por seguradora representa proteção a mais para o consumidor final (segurados e beneficiários) diante do risco de insolvência do próprio ressegurador. Por outro lado, essa primeira camada de garantia é fundamental para promover a adequada diluição do risco, através de toda a rede de resseguradores que as seguradoras podem acessar, aproveitando-se toda a cadeia de pulverização.

Por isso tudo, **só é possível falar em resseguro quando o ressegurado é uma empresa de seguro**, de maneira que, caso venha a ser celebrado com um ressegurador um contrato para a garantia do risco das entidades de previdência complementar e operadoras de assistência à saúde, esse contrato não poderá ser encarado senão como um atípico contrato de seguro, e não de resseguro, ou assimilado a alguma outra garantia contratual típica ou atípica, que com o contrato de resseguro, entretanto, não poderá ser confundida.

20:05	CI 642	Taipei	
20:05	A 885	Singapore	
20:10	Z 7431	Medan	Est 20:00
20:15	O 304	Beijing	
20:25	J 660	ShanghaiPVG	
20:30	K 686	Singapore	
20:30	E 888	Brisbane	
20:35	R 2985	Singapore	Est 21:15
20:40	Z 3080	Hanning	
20:40	A 888	Ho Chi Minh	
20:40	O 192	Taipei	
20:45	A 888	Mumbai	
20:45	A 888	Xiamen	
20:45	G 887	Bangkok	
20:50	D 3882	Bangkok	
20:55	A 888	Guangzhou	
20:55	A 888	Sydney	
21:00	A 888	Taipei	
21:00	A 888	Taipei	
21:00	A 888	Kuala Lumpur	8:55
21:00	A 888	London	

21:10	ShanghaiPVG	
21:20	ShanghaiPVG	
21:25	Hangzhou	
21:30	Taipei	
21:30	Sydney	Cancelled
21:40	Kochi	
21:40	Clark	
21:40	Xiamen	
21:50	Manila	
21:50	Manila	
21:55	Manila	
21:55	Kochi	
22:00	Manila	
22:10	Bangkok	
22:15	Taipei	
22:15	Taipei	
22:20	Taipei	
22:25	Taipei	
22:25	Taipei	
22:40	Taipei	
22:45	Taipei	
22:45	Taipei	
22:50	Taipei	



23:00 Amsterdam
23:05 Paris

23:05 Istanbul
23:15 London LHR
23:15 Zurich
23:25 London LHR
23:30 Munich

23:35 Adelaide
23:40 Cairns
23:40 Brisbane
23:40 Los Angeles
23:45 London LHR
23:45 Paris
23:45 Johannesburg
23:50 Johannesburg

23:55 Sydney
23:55 London LHR
23:55 Frankfurt
00:05 Frankfurt

00:15 Amsterdam
00:25 Amsterdam
00:30 Amsterdam
00:30 Amsterdam

20:05 CI 642 Taipei
20:05 A 805 Singapore
20:10 Z 7431 Medan
20:15 O 304 Beijing
20:25 J 660 Shanghai PVG
20:30 K 686 Singapore
20:30 E 6076 Brisbane
20:35 R 2965 Singapore
20:40 Z 3000 Hanning
20:40 A 800 Ho Chi Minh
20:40 O 182 Taichung
20:45 M 607 Mumbai
20:45 G 807 Bangkok
20:50 D 3862 Bangkok
20:55 Y 419 Guangzhou
20:55 R 858 Sydney
21:00 R 858 Taipei
21:00 A 488 Taipei
21:05 K 679 Kuala Lumpur
21:05 X 107 Auckland
Est 20:00
Est 21:15
Est 20:55

INTERNACIONAL

Reflexiones preliminares sobre el COVID-19 y su impacto en el contrato de seguros

Dra. Andrea Signorino Barbat*

Resumen: El impacto de la aparición del nuevo virus, el COVID-19, convertido en una pandemia, y su influencia en los contratos privados, está hoy siendo un tema de intenso debate. De este contexto, no escapa el seguro que cobra una importancia esencial, pues detrás de toda actividad económica, existe, o debería existir, el seguro como elemento que respalde dicha actividad, que permita al comerciante desarrollar su negocio con visión de prevención y sea útil a todas las personas como respaldo ante los infortunios. El contrato de seguros se basa en un equilibrio que excede el mero equilibrio contractual entre las prestaciones de las partes, pues su desequilibrio produce consecuencias que afectan no sólo a las partes en el contrato sino que puede llegar a afectar a la mutualidad de asegurados. Si ese desequilibrio permanece sin ser solucionado, si no se recompone el equilibrio, se pone en peligro la solvencia de la empresa de seguros y por lo tanto a todo el sistema asegurador nacional e incluso internacional, cual efecto dominó. Ante esta realidad técnico-jurídica del seguro, un factor imprevisto como la aparición de la pandemia del COVID-19, puede alterar y mucho, el equilibrio contractual. En el presente artículo buscaremos recurrir a los institutos propios del seguro como ser los riesgos no cubiertos, el agravamiento y la disminución del riesgo, para tratar de buscar respuestas en la esfera del derecho de seguros.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrados en Gerencia, Habilidades gerenciales y Dirección de personas, Universidades ORT, EDU y Católica del Uruguay. Secretaria General de AIDA World (Association Internationale du Droit des Assurances), Secretaria académica internacional AIDA-Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en AIDA, Vicepresidente Grupo internacional Principios generales del contrato de seguros en AIDA- Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo. Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay. Directora académica en Universidad de Montevideo. andreasignorino@gmail.com.uy - www.andreasignorino.com.uy

Abstract: The impact of the appearance of the new virus, COVID-19, turned into a pandemic, and its influence on private contracts, is today being a subject of intense debate. In this context, insurance play an important role, because behind all economic activity, there is, or should be, insurance as an element that supports this activity, which allows the merchant to develop his business with a vision of prevention and to help all people as backup vis à vis the risks. The insurance contract is based on a balance that exceeds the normal contractual balance between the parties duties and rights, since its imbalance produces consequences that affect not only the parties but may even affect the mutual fund of the policyholders. If that imbalance remains unresolved, if the balance is not restored, the solvency of the insurance company and therefore the entire national and even international insurance system, could be in danger. Faced with this technical-legal reality of insurance, an unforeseen factor such as the appearance of the COVID-19 pandemic, can greatly alter the contractual balance. In this article we will seek to resort to the insurance institutes such as uncovered risks, the aggravation and reduction of risk, to try to find answers within the insurance law.

Palabras claves: Pandemia, seguros, riesgos, agravamiento, disminución.

Key words: Pandemic, insurance, risks, aggravation, reduction.

Sumario: 1-Introducción; 2-Posibles enfoques; 3-Los Institutos propios del seguro: riesgo no cubiertos, agravación y disminución de riesgos; 4-La teoría de la imprevisión y la fuerza mayor; 5- Concluyendo.

1-Introducción

Mucho se está hablando por estos días, sobre el impacto de la aparición del nuevo virus, el COVID-19, convertido no solo en una epidemia, sino en una pandemia, por lo tanto de alcance mundial.

Ante esta internacionalización del mentado coronavirus, la actividad de la humanidad, tanto económica como social, se ha visto absolutamente alterada, como tal vez lo haya sido -pues no podemos comparar, no la vivimos como ahora si nos ocurre-la pandemia de gripe española de 1918, o como pudo resultar alterada luego de las Guerras mundiales, la primera que justamente termina en 1918 y la segunda en 1945.

Ahora bien, muy distintos eran los temperamentos humanos y la vida en esas épocas, donde las comodidades e inmediateces de la vida actual, o mejor dicho anterior al coronavirus, no existían y donde el sentido del sacrificio y la capacidad de recuperación y resiliencia eran muy diferentes, si bien es dado señalar que los avances de la tecnología y de la ciencia nos hacen vislumbrar, con optimismo, una salida tal vez menos dolorosa que las entonces vivenciadas por nuestros antepasados.

En este contexto, es claro que el seguro cobra una importancia esencial, pues detrás de toda actividad económica, existe, o debería existir, el seguro como elemento que respalde dicha actividad, que permita al comerciante desarrollar su negocio con visión de prevención y sea útil a todas las personas como respaldo ante los infortunios.

Sumado a ello, el seguro es un contrato global, en el sentido que sus efectos trascienden fronteras no solo porque las empresas aseguradoras en su operativa utilizan el respaldo internacional del reaseguro, sino porque el propio seguro se basa en fundamentos técnicos de estudios estadísticos de riesgos, con criterio de homogeneidad cualitativa – referido a un mismo riesgo – y cuantitativa – en una determinada población – que suelen ser internacionales. La aplicación de la ley de los grandes números, le permite arribar a conclusiones estadístico-actuariales de frecuencia siniestral y de valor del riesgo como componente de la prima neta, que le permiten en definitiva efectuar una correcta distribución de sus riesgos así estudiados y una adecuada definición del premio, que por la asunción de dichos riesgos, debe recibir.

Dichos riesgos y premios se distribuyen no solo en una cartera de seguros sino en todo el sistema de seguros de un país y de fuera de este también, si es el caso de aseguradoras que conforman grupos económicos internacionales. Todos en seguros somos socios, compartimos solidariamente nuestros riesgos y aportamos al fondo de premios que administra el asegurador, pertenecemos a la mutualidad de asegurados que es la que justifica el interés general tutelado por leyes imperativas de seguros, y ameritan el contralor estatal de la actividad de seguros.

El contrato de seguros pues, se basa en un equilibrio que excede el mero equilibrio contractual entre las prestaciones de las partes, pues su desequilibrio produce consecuencias que afectan no sólo a las

partes en el contrato sino que puede llegar a afectar a la mutualidad de asegurados. Si ese desequilibrio permanece sin ser solucionado, si no se recompone el equilibrio, se pone en peligro la solvencia de la empresa de seguros y por lo tanto a todo el sistema asegurador nacional e incluso internacional, cual efecto dominó.

Ante esta realidad técnico -jurídica del seguro, un factor imprevisto como la aparición de la pandemia del COVID-19, puede alterar y mucho el equilibrio contractual.

2-Posibles enfoques

En todo este tiempo desde que el coronavirus llegó a nuestras vidas, he estado leyendo y escuchando muchas opiniones sobre cómo afecta a los contratos la aparición de la pandemia. Con el preaviso de que entiendo que no existe suficiente perspectiva histórica como para arribar a soluciones ni opiniones definitivas, creo que varios de dichos enfoques no están teniendo en cuenta la especificidad que tiene el contrato de seguros en especial por las bases técnicas antedichas.

Entiendo que se han buscado soluciones en los institutos clásicos del derecho privado como ser la teoría de la imprevisión o la fuerza mayor, pero se han minimizado las soluciones que son propias del contrato de seguros. Comprendo, claro que sí, que las soluciones del derecho de fondo son una herramienta; solo reivindico que tengamos presentes los institutos propios del contrato de seguros, como ser los riesgos no cubiertos y el agravamiento y disminución del riesgo.

Es decir, estos institutos nos podrán aportar algunas soluciones o respuestas, y otras no, pues es claro que el contrato de seguros y las leyes imperativas que lo regulan, establecen un mínimo de cobertura y seguridad jurídica para el asegurado- consumidor, en un contrato por norma de adhesión, que no se pueden vulnerar mediante limitaciones del riesgo contractuales abusivas ni esgrimiendo argumentos sin el debido sustento técnico y legal. En ese caso, recurrir al derecho de fondo puede ser la solución.

Ahora bien, lo que reivindico es que, sin perjuicio de recurrir a ese derecho de fondo, no nos olvidemos del derecho de seguros. Hagamos también el ejercicio a la luz de los institutos propios de este último.

Veamos pues sucintamente, los distintos enfoques.

3-La teoría de la imprevisión y la fuerza mayor¹

Sabido es que los contratos son celebrados con la presunción de que serán rigurosamente cumplidos, observándose los términos originariamente previstos. Es la aplicación de la clásica cláusula “*pacta sunt servanda*” por la cual los contratos deben ser cumplidos.

Esta cláusula llevada hasta las últimas consecuencias, muchas veces termina en una situación de injusticia si en el transcurso del tiempo, sobre todo en contratos de ejecución continuada como lo es el contrato de seguros, sobreviene una significativa alteración de aquellas condiciones primarias que llevaron a las partes a contratar, alterándose la base del negocio.

Estas alteraciones, normalmente están vinculadas a una fuerza ineludible de circunstancias externas, que llevan a un grave desequilibrio y carencia de equidad en la relación jurídica respectiva, produciendo el enriquecimiento excesivo de uno de los contratantes a costas del otro.

Las nuevas funciones sociales de los contratos han llevado a que modernamente el principio general derivado de la citada cláusula *pacta sunt servanda* se haya atenuado sensiblemente. Principalmente en los países occidentales, se ha admitido una revisión de las condiciones de los contratos, en esencia mediante la intervención judicial, invocada por el contratante en situación de desventaja.

Esta posibilidad de intervención judicial en el contrato solamente ocurrirá cuando un elemento sorpresivo, surja en el curso de la ejecución del mismo, colocando, en extrema dificultad a uno de los contratantes. O sea, ocasionando una excesiva onerosidad, superando el límite razonable, lo que la doctrina alemana denomina *opfergrenze*.²

En relación al origen histórico, ya en la Edad Media se admitió la posibilidad de alteración del contrato si las condiciones

¹ Gamarra Jorge, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

² Durán Méndez, S.. Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio. *Revista de Derecho Privado*, (55). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>, 2016.

originarias, sobre las cuales se fundó la voluntad de las partes, fuesen substancialmente modificadas, a través de la consagración de la cláusula *contractus qui habent tractum sucessum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, difundida luego en forma resumida como *rebus sic stantibus*-“estando así las cosas”- cláusula considerada implícita en todo contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo, como lo es el contrato de seguros.

Esta cláusula, adquirió gran vigor con posterioridad a la Primera guerra mundial (1914-1918), en virtud del desequilibrio causado en los contratos a largo plazo, quedando conocida a partir de entonces, y en la actualidad, como “Teoría de la Imprevisión”.³

En efecto, con el estallido de la Primera guerra mundial tuvieron lugar situaciones contractuales insostenibles, especialmente en Europa. Las mismas ocasionaron una onerosidad excesiva para una de las partes contratantes, desequilibrios en la vida cotidiana, fracaso de previsiones en el comercio y actividad empresarial, así como mutaciones imprevistas tanto en la economía nacional como internacional.

Fue entonces necesario, considerar y valorar una variedad de controversias y situaciones, en las que se encontraban personas, empresas, asociaciones, y segmentos sociales económicamente activos, sorprendidos por las circunstancias extraordinarias, y por ello, reducidos a la imposibilidad o extrema dificultad de cumplir satisfactoriamente con las obligaciones originalmente asumidas.

Los juristas de la posguerra, invocaron y perfeccionaron la antigua figura de la cláusula *rebus sic stantibus*, ahora llamada “Teoría de la Imprevisión”, hoy fortalecida por los conceptos más amplios y abarcadores derivados de la “Teoría de la base del negocio Jurídico”, que dio oportunidad para el surgimiento en el actual Código Civil Alemán, al denominado “Derecho de la perturbación de las prestaciones.”⁴

La denominada Teoría de la Imprevisión, por lo tanto, es fruto concreto de los principios de buena fe y de la siempre necesaria

³ Fernández, De Almeida, Tesis doctoral Universidad de Salamanca *Alteración de las circunstancias y Revisión contractual*, 2011.

⁴ Fernández, De Almeida, op.cit.

equidad contractual, buscando en última instancia, el respeto de la intención real de las partes.

Pero la Teoría de la Imprevisión, es un instituto lleno de dificultades, tanto en la práctica, como en la teoría, especialmente a nivel de doctrina y jurisprudencia. Existen distintas opiniones sobre su aplicación cabida, en el difícil contexto de las demandas judiciales, con todos los problemas ya conocidos.

Respecto a la causa extraña, caso fortuito y fuerza mayor nuestra Código de Comercio establece:⁵

Art. 219. El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación, o de la demora de la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable.

Art. 220. No se deben daños y perjuicios, cuando el deudor no ha podido dar o hacer la cosa a que estaba obligado, o ha hecho lo que le estaba prohibido, cediendo a fuerza mayor, o por caso fortuito.

No se entienden comprendidos en la regla antecedente, los casos siguientes:

1. Si alguna de las partes ha tomado sobre sí especialmente los casos fortuitos, o la fuerza mayor.
2. Si el caso fortuito ha sido precedido de alguna culpa suya, sin la cual no habría tenido lugar la pérdida o inejecución.
3. Si el deudor había caído en mora antes de realizarse el caso fortuito, no comprendiéndose en esta excepción el caso en que la cosa habría perecido del mismo modo, en manos del acreedor.⁶

Como se puede apreciar consagra tres causales eximentes de los daños y perjuicios a cargo del deudor de obligaciones de dar o hacer: causa extraña no imputable, caso fortuito y fuerza mayor que la norma no define.

⁵ El Código Civil uruguayo también se refiere a la causa extraña, caso fortuito y fuerza mayor en sus artículos 1342 y 1343, pero siendo el contrato de seguros un acto de comercio, regido por el derecho comercial, cabe referirse en especial al Código de Comercio.

⁶ Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay.

Así pues, ante el nuevo virus se invoca la Teoría de la imprevisión y la fuerza mayor, en los términos antes vistos.

Se afirma que el COVID -19 es un evento novedoso, imprevisible e impredecible, que puede justificar que el asegurador no cumpla con las obligaciones a su cargo, es decir el pago de indemnizaciones o prestaciones. Es un evento que tornaría las prestaciones del asegurador excesivamente onerosas, en su perjuicio.

Pero no debemos olvidar que el negocio del asegurador es justamente asumir riesgos ajenos y por lo tanto la mentada teoría debe relativizarse o analizarse a la luz de las especificidades del contrato de seguros, pues el no cumplimiento del asegurador genera un perjuicio excesivo en este caso, para la otra parte, el asegurado.

En realidad, si el riesgo de pandemia es un riesgo no cubierto el asegurador directamente no cubriría por esta previsión contractual excluyente.

Distinto es que las autoridades obliguen a los aseguradores a asumir riesgos que no tiene previstos en sus contratos o que tiene excluidos. En este caso la imprevisibilidad será, si, un argumento pues es claro que el desequilibrio contractual en contra del asegurador se produce por razones ajenas a su voluntad, y debe asumir riesgos por los que no ha recibido contraprestación.

También he visto afirmar que en realidad la imprevisión que crea una excesiva onerosidad para el asegurador radica en que hay autoridades que han decidido cerrar los comercios, no permitir su actividad y entonces ante los reclamos de algunas coberturas como ser de interrupción de negocio, pérdida de ganancias, el asegurador puede esgrimir la no cobertura. No pretendo aquí, pues excede el alcance de este artículo, ingresar en el tema de si este tipo de cobertura para activarse necesita o no de daño material y si el virus es un daño de este tipo, pero es claro que en concreto para esta cobertura, sería un problema adicional a analizar.

Creo que aquí lo que existe es un hecho del príncipe o incluso una causa extraña no imputable o fuerza mayor, con lo cual el deudor de la obligación, el asegurador podría exonerarse. Obviamente, el análisis caso a caso será necesario pues por ejemplo en algunos países el Gobierno ha “sugerido” el cierre pero no lo ha obligado.

Ahora bien, ¿por qué la Teoría de la imprevisión o la fuerza mayor debería ser útil solamente para el asegurador? Los asegurados también podrían esgrimir que el nuevo virus es una situación imprevisible e impredecible que hace que sus compromisos de pago de premios se tornen excesivamente onerosos, en especial ante la situación de cierre de comercios, inactividad forzada con el consecuente desempleo o cobro parcial de sueldos – a través del sistema de seguridad social por desempleo o enfermedad – o bien el pago de premios por coberturas que por el COVID-19 se han tornado innecesarias como puede ser los seguros automotores – de daño propio o de responsabilidad civil- para vehículos a los que no se les permite circular o que no puede ser utilizados para el trabajo.

Destaco pues la confusión en los enfoques, sobre todo generado en que la teoría de la imprevisión enfrenta las dificultades propias de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales antedichas, sobre su definición y alcance, al igual que los conceptos de causa extraña y fuerza mayor.

Ante estas dificultades, reivindico la necesidad de, al menos, analizar las soluciones propias del especial contrato de seguros, que se fundan en sus bases técnicas antes mencionadas.

4-Los institutos propios del contrato de seguro: riesgos no cubiertos, agravamiento y disminución del riesgo

En primer lugar, como he dicho si el riesgo de pandemia, como riesgo catastrófico, es un riesgo no cubierto en el contrato de seguros, esto debe ser respetado como tal y no obligarse al asegurador a asumirlo. Si el no cubierto es el riesgo de epidemia, entiendo que la pandemia podría quedar asimismo excluida pues la diferencia entre ambas conceptualizaciones radica en el alcance territorial, no en la gravedad o carácter extraordinario del riesgo que es lo que justifica la exclusión.

Lo mismo si el riesgo directamente no ha sido asumido por el asegurador, no se puede obligar a éste a cubrirlos.

Es claro que en caso contrario, se pone en peligro a la mutualidad de asegurados pues se hace asumir al asegurador riesgos por los cuales no ha recibido contraprestación, premios, pues no ha considerado estos riesgos dentro de sus estudios técnicos-actuariales.

Ahora bien, esto para contratos vigentes.

Para futuros contratos, el asegurador debería adecuar el premio al riesgo asumido, lo cual no es, evidentemente, sencillo pues la pandemia no es de fácil dimensionamiento, y riesgos que no son medibles, no son tasables, no pueden ser dimensionados como para ser riesgos asegurables.

Si a esto le sumamos la poca distancia histórica como para poder sacar conclusiones estadísticas, llegaremos a concluir que los futuros contratos si quieren cubrir las consecuencias del COVID-19, ya sea en las actividades económicas, interrupción de negocios, pérdidas de ganancias, etc, ya sea en las personas, enfermedades profesionales, seguros de salud o incluso seguros de desempleo o pensiones, o bien serán excesivamente onerosos, o bien serán riesgos asumidos sin la debida base técnica y por lo tanto con amenazas claras para la solvencia del asegurador ante la incertidumbre de la frecuencia e intensidad siniestral.

Ante esto creo que otro análisis necesario, es el del instituto del agravamiento del riesgo así como su contracara, la disminución del riesgo.

Nuestra Ley de seguros 19.678 vigente desde el 19 de noviembre de 2018, presta especial interés al agravamiento – la ley no utiliza el clásico término agravación- del riesgo y su relación con el siniestro, tanto en seguros de daño como de personas.

El artículo 18 define el agravamiento del riesgo como toda circunstancia que si hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato lo hubiere impedido o modificado sus condiciones, obligando al tomador a las correspondientes comunicaciones al asegurador, antes del agravamiento si es por hecho propio, e inmediatamente de conocerlo si es por hecho de tercero.

El artículo 19 determina que *no existiendo siniestro*, si la agravación del riesgo se debe a hecho -propio- del tomador, asegurado o de quienes lo representen, la cobertura queda suspendida desde el momento en que la agravación se produce.

Si la agravación se debe al hecho de tercero, la cobertura queda suspendida desde el momento en que es conocida por el asegurado, o

habiendo tomado conocimiento el asegurador, desde el momento en que notifica al asegurado tal circunstancia.

En ambos casos dentro de los quince días corridos desde que al asegurador le fue declarado el agravamiento del riesgo, el asegurador puede rescindir el contrato con derecho a los premios corridos hasta el momento de la rescisión, o acordar modificarlo, es decir, ajustarlo al riesgo resultante del agravamiento.

Si nada de esto sucede, vencido el plazo, el contrato se mantendrá en las condiciones pactadas inicialmente.

Es importante pues, que el asegurador recomponga el equilibrio contractual que se altera con el agravamiento, pues si no lo hace estará cubriendo riesgos sin la debida contraprestación, lo cual, en vista a los aspectos técnicos del seguro, puede hacer peligrar a la mutualidad de asegurados en virtud de la distribución de riesgos y de premios que opera en ella.

Este artículo 19 no aplica a los seguros sobre personas que se rigen por su propia disposición que establece que solo se debe denunciar la agravación del riesgo que obedezca a motivos previstos en la póliza.

En estos seguros, de acuerdo al art. 102, los cambios de profesión o de actividad autorizan la rescisión cuando agravan el riesgo de modo tal que, de existir a la época de la celebración, el asegurador no hubiera concluido el contrato de acuerdo con los usos y costumbres comerciales. Si hubiese existido ese cambio al tiempo de la celebración del contrato y el asegurador hubiera concluido el contrato por un premio mayor, la suma asegurada se reducirá en proporción al premio pagado.

En las demás hipótesis de agravación del riesgo previstas en la póliza, el asegurador podrá optar entre rescindir el contrato u ofrecer al asegurado el pago de una extraprima acorde al riesgo agravado.

En el caso analizado del COVID-19, tenemos que plantearnos antes que nada si los tomadores de seguros que resultaron positivos en cuanto a padecer el virus, deben denunciar esto a su asegurador de salud, a su asegurador de vida. Entiendo que no, pues como hemos dicho los agravamientos en materia de seguros de personas deben ser los previstos en la póliza, y los cambios en la salud del asegurado no son agravamiento del riesgo sino aumentos del riesgo que el asegurador tiene previstos desde el comienzo del contrato, pues prevé, en el riesgo asumido y el premio correspondiente, el

envejecimiento de las personas y el avance de las enfermedades a medida que transcurre la vigencia del contrato.

Ahora bien, se trata obviamente de una alteración repentina y masiva, que objetivamente es un aumento de riesgo, pero entiendo que no por eso habilita en seguros de personas, la rescisión del contrato, por lo antedicho a la luz de nuestra ley.

Eso sin perder de vista que muchos países están decidiendo incluir al COVID-19 como enfermedad profesional, lo cual en Uruguay tendría un impacto relativo, y de estudio diferencial desde otra perspectiva económica, por ser un riesgo monopolizado en la entidad aseguradora estatal. Asimismo, porque la merma en la actividad laboral no debería hacer esperar un contagio masivo entre trabajadores.

En los seguros generales, entiendo que efectivamente es un riesgo agravado pues si el asegurador hubiera tenido en cuenta el riesgo de esta pandemia hubiera celebrado el contrato en otras condiciones o no lo hubiera celebrado.

Pero hoy no puede recurrir a la rescisión de los contratos vigentes pues los quince días de suspensión de cobertura previstos por nuestra ley, ya han transcurrido. Desde el 13 de marzo, fecha en que se decretó la especial cuarentena que vive Uruguay, la noticia del agravamiento llegó a conocimiento del asegurador, estando pues, los contratos que no hayan sido rescindidos en los quince días siguientes, vigentes en iguales condiciones que antes de la pandemia, por mandato de la disposición legal correspondiente.

Ahora bien, es obvio que el desequilibrio contractual existe, si el asegurador no tiene la exclusión por pandemia, objetivamente el contrato está desequilibrado pues el riesgo, en varias ramas de seguros, está agravado y el asegurador continuará recibiendo la misma contraprestación. Pues bien, al finalizar las vigencias, por norma anuales, de los contratos generales, de daño, el asegurador deberá estar atento para volver a recomponer el equilibrio contractual ajustando los premios, acorde a los riesgos actuales a asumir.

Y ¿qué sucede si existe siniestro?

Si en cambio, *existe siniestro*, de acuerdo al artículo 20 de nuestra ley de seguros, y el tomador o el asegurado omitieron denunciar el agravamiento del riesgo cubierto por el contrato, el asegurador queda liberado de su prestación, siempre que el siniestro haya sido provocado por hecho o circunstancias agravantes del riesgo que no fueron denunciadas.

O sea que no cualquier agravación del riesgo habilita al asegurador a no indemnizar el siniestro sino que la no indemnización, -o no cumplimiento de la prestación, pues este artículo a diferencia del anterior, también aplica a los seguros de vida- solo ocurre si el siniestro fue “provocado” por la agravación y esta no había sido denunciada.

Aquí existe un tema terminológico importante que puede dar lugar a cuestionamientos futuros, pues provocar no es igual a causar.

A primera vista, parecería que el legislador equivoca en este punto el concepto de agravación del riesgo, pues en el campo del derecho de seguros, la causalidad debe ser tomada con un alcance diferente al habitual, máxime en materia de agravación del riesgo.

Como expresa la doctrina, y más allá de las distintas posiciones, la causa en seguros es el antecedente que, además de haber resultado necesario en el caso concreto, en abstracto parece idóneo para producir por sí solo el evento. Resulta esencial el concepto de abstracción: la causa en derecho de seguros es una causa que debe ser idónea para producir el evento, aún en forma abstracta, es decir con separación o exclusión del sujeto, del caso concreto. Y máxime en el instituto de la agravación del riesgo donde aún el hecho del tercero puede configurar una agravación del riesgo del asegurado.

Ahora bien, el legislador no utiliza la palabra “causado” sino la palabra “provocado”.

“Provocar”, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española significa *hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella* pero también “facilitar, ayudar, inducir”. En cambio “causar” significa, *dicho de una causa, producir su efecto y ser causa, razón y motivo de que suceda algo*.

Es en mi concepto claro, pues, que provocar puede aludir a una causa indirecta o coadyuvante, a un elemento que no tiene por qué ser la causa directa.

Esta interpretación parece la más adecuada al instituto de la agravación del riesgo en derecho de seguros: el riesgo se agrava independientemente de la ocurrencia o no del siniestro y si el legislador se inclina por exigir cierta relación entre la agravación y el siniestro no debe ser necesariamente la causa directa, puede ocurrir que el siniestro haya visto “provocado”, es decir, favorecido, ayudado o facilitado por la agravación no denunciada, aunque esta no sea su causa directa.⁷

⁷ SignorinoBarbat, Andrea *Derecho de Seguros. Ley N° 19.678 de Contrato de Seguros. Comentada y Anotada*. Thomson-Reuters- La Ley Uruguay- 2019.

¿Qué sucede pues frente al COVID-19 si existe un siniestro?

Antes que nada, el asegurador deberá poder demostrar que se trata de un agravamiento del riesgo.

Es decir, por ejemplo, que la incidencia del virus ha hecho que las autoridades determinaran el cierre de negocios y que eso agravó el riesgo de pérdida de ganancias o lucro cesante para los comercios involucrados y asegurados. En ese caso, si esa circunstancia agravante provoca el siniestro, en el ejemplo provoca la pérdida de ganancias o lucro cesante, el asegurador podrá argumentar el agravamiento como eximente de su obligación de indemnizar.

Pero es claro que el asegurador deberá poder probar que el mentado virus constituye agravamiento de ese riesgo concreto que acaece, y que dicho agravamiento provoca el siniestro -en mi interpretación aún en forma coadyuvante-lo cual será un extremo a analizar cobertura a cobertura y caso a caso, con las lógicas complejidades que esto implica.

¿Y qué sucede con la disminución del riesgo? Pues, en efecto nuestra Ley de seguros 19.678 prevé también la figura de la disminución del riesgo.⁸

En su artículo 17 establece que el tomador del seguro o el asegurado podrán, durante la vigencia del contrato, poner en conocimiento fehaciente del asegurador todas las circunstancias que disminuyan el riesgo y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la celebración del contrato, lo habría concluido en condiciones más favorables.

También, como en el agravamiento, la disminución debe compararse con las circunstancias al momento de la celebración del contrato, en este caso analizar si el asegurador, de haberlas conocido, habría celebrado el contrato en otras condiciones - en el caso de la disminución más favorables- por ejemplo, con un premio menor acorde al riesgo realmente asumido.

Es potestad del asegurado, no un deber como en el caso de agravamiento, poner estas circunstancias que disminuyen el riesgo en conocimiento del asegurador.

En dicho caso, estatuye la norma que el premio deberá adecuarse a la disminución del riesgo y si hubiere sido abonado, reducirse en la proporción correspondiente.

⁸ Signorino, Andrea en op.cit.

Asimismo, el asegurador tendrá derecho a rescindir unilateralmente el contrato dentro de los treinta días corridos siguientes a contar del día en que recibió la comunicación, en cuyo caso la rescisión producirá efectos transcurrido treinta días corridos de su notificación, entendemos notificación de la voluntad de rescindir al asegurado.

Es decir, que no es descabellado pensar que los asegurados podrían denunciar la disminución de sus riesgos, en algunas coberturas, ocurrida por causa del COVID-19 y así lograr una adecuación de sus premios en los contratos de seguros por ellos contratados, aún en los vigentes.

Esto siempre que demuestren que el mentado coronavirus ha disminuido sus riesgos o estos directamente se han tornado inexistentes.

Por ejemplo, en los seguros automotores, de daño propio o de responsabilidad civil o de accidentes personales, en los países donde estos no circulan, por no estar permitido, no habría riesgo de accidentes de tránsito con daños personales o materiales para el conductor, pasajero o terceros; probablemente la cobertura ante daño propio podría subsistir aunque disminuido su riesgo, si pensamos en situaciones como el derrumbe del techo del garaje donde se guarda el vehículo o circunstancias similares.

O pensemos en taxis, remises u otros vehículos de transporte de pasajeros o destinados al trabajo, a los que no se les permita circular o que no pueden ser utilizados para dichos fines por la inactividad provocada por el virus, en general son seguros que cobran un premio diferencial superior al del automotor de uso particular, por su mayor siniestralidad, y podrían reclamar ese ajuste del premio por disminución de su riesgo. Incluso, si circulan, como es el caso de Uruguay, la disminución en el volumen de trabajo disminuiría también su riesgo, aunque esto sea difícil de cuantificar.

Ahora bien, la contracara es que el asegurador como vimos puede, ante esta denuncia de la disminución del riesgo del asegurado, decidir rescindir el seguro, con el aspecto negativo de que dicho asegurado puede pretender legítimamente seguir asegurado, aunque con un ajuste del premio acorde a su riesgo actual, y debería ir en busca de otro seguro, y otro asegurador, en medio de tiempos de incertidumbre y dificultades en la contratación.

Por cierto, el asegurado también podría, ante dicha situación, decidir rescindir su contrato de seguro comunicándolo fehacientemente al asegurador con una antelación de un mes, como prevé el artículo 13 de la Ley 19.678. No obstante, desde una visión de prevención, esto no

resulta aconsejable salvo que el riesgo sea verdaderamente inexistente, para evaluar lo cual el asegurado no es un experto y debería asesorarse debidamente con el asegurador o con su asesor, corredor o agente.

5-Concluyendo

El COVID-19 nos plantea múltiples desafíos actuales y futuros, cuando debamos adaptarnos a un mundo que seguramente no será igual al que conocimos. Esto nos abre un abanico de posibilidades de recrear nuestra forma de ver la vida y de ser optimistas de un progreso en los valores del ser humano.

Asimismo, planteará nuevos desafíos al mundo del trabajo y a la actividad económica mundial, de la cual el seguro es y seguirá siendo, pieza fundamental.

Creo pues, que el seguro debe ponerse a tono y acompañar estos cambios, esta evolución, como históricamente lo ha hecho.

Es una hora oportuna para que la actividad aseguradora gane visibilidad positiva ante la sociedad, dejando en claro que el seguro es necesario y útil ante las situaciones imprevistas. Finalmente ese es el *metier* del asegurador: administrar con solvencia los riesgos de las personas y de las empresas.

No dudo que así lo hará, para bien del progreso de la nueva y reinventada, humanidad.

Bibliografía:

Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay.

Durán Méndez, S.. Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio. *Revista de Derecho Privado*, (55). Universidad de los Andes. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>, Colombia, 2016.

Fernández, De Almeida, Tesis doctoral Universidad de Salamanca “Alteración de las circunstancias y Revisión contractual”, España, 2011.

Gamarra Jorge, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2006.

Signorino Barbat, Andrea “Derecho de Seguros. Ley N° 19.678 de Contrato de Seguros. Comentada y Anotada” Thomson-Reuters- La Ley Uruguay- Uruguay, 2019.





LEGISLAÇÃO

Análise de impacto regulatório e falhas de regulação

Gustavo Binenbojm*

I. O que é?

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE recomenda que as regulações *devam produzir benefícios que justifiquem os seus custos, levando em conta a distribuição dos efeitos por toda a sociedade*.¹ Enquanto a regulação costuma ser justificada a partir das *falhas de mercado*, a AIR se justifica como antídoto ou corretivo contra as chamadas *falhas de regulação*, assim entendidas como medidas regulatórias inaptas a promover os fins determinados pelo ordenamento jurídico, as quais acabam por gerar efeitos indesejados ou mesmo contraproducentes para a sociedade. Segundo Cass Sunstein, as falhas de regulação podem decorrer de defeitos na concepção da medida regulatória (*falhas de concepção*) ou na sua implementação (*falhas de implementação*)². Em geral, as falhas regulatórias se caracterizam pela

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Consultor.

¹ OCDE, *Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (OECD Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation)*, in Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>).

² SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 36 e seguintes.

produção de efeitos sistêmicos inesperados ou indesejáveis, ou por custos sociais que superam os eventuais benefícios da medida.

II. Para que serve?

A adoção da AIR como método decisório no bojo dos processos regulatórios tem como objetivos (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar tais processos de maior transparência, legitimidade e *accountability* (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e o próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.

Longe de se tratar de uma espécie de *algoritmo* que possa oferecer, matematicamente, a decisão administrativa correta, a AIR parece ser um instrumento pragmático vocacionado a evidenciar (i) quando as prioridades foram mal escolhidas pela Administração, (ii) quando os meios empregados foram excessivamente onerosos ou (iii) quando a regulação produzir efeitos colaterais indesejáveis ou até contraproducentes à luz dos objetivos fixados pelo legislador.

Embora a AIR já viesse sendo adotada como procedimento preparatório à tomada de decisões por alguns entes reguladores setoriais no Brasil, o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 e o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 foram os pioneiros dispositivos legais que trataram da matéria entre nós.

III. AIR *ex ante* e AIR *ex post*

Os dispositivos em questão deixam claro que a AIR é uma avaliação que pode se referir tanto a uma proposta inaugural de edição de ato normativo, como também a uma proposta de alteração de norma preexistente. No primeiro caso, tem-se típica AIR *ex ante*, na qual serão sopesados os potenciais efeitos futuros da medida que se almeja implementar. No segundo caso, tem-se uma combinação da AIR *ex post* com a AIR *ex ante*: serão avaliados os efeitos já produzidos pela normativa em vigor em cotejo com a antecipação dos prováveis efeitos da nova a ser editada em seu lugar. Vale sublinhar que nada impede que a AIR seja pura e simplesmente *ex post*, hipótese em que terá por objeto apenas avaliar se a norma estudada deve permanecer em vigor ou ser revogada, integral ou parcialmente.

IV. A quem cabe realizar AIR?

Os destinatários da norma legal são os órgãos e entidades da Administração Pública federal, incluídas as autarquias e fundações públicas, esclarecimento do legislador de caráter meramente expletivo e dispensável. Como se vê, o alcance do preceptivo cinge-se à produção normativa da Administração Pública direta e indireta, não abarcando a atividade legiferante propriamente dita. Nada obstante, a alusão genérica a *órgãos* da Administração permite a exegese segunda a qual a AIR é também exigível quando a proposta de edição ou alteração de ato normativo parta de órgão situado fora da estrutura do Poder Executivo, mas no exercício de competências administrativas normatizadoras. De pronto, pode-se pensar, em tese, em atos normativos expedidos pelo Tribunal de Contas da União, pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Seria interessante que órgãos típicos de controle dessem o exemplo aos controlados e instituíssem procedimentos decisórios de autocontenção e prudência na sua própria produção normativa.

Por outro lado, a AIR é exigível quando em jogo *propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados (...)*. Isto significa que, segundo a letra da lei, será devida a realização da AIR quando da medida em questão puder resultar (ou já tiver resultado) algum efeito útil para os agentes econômicos ou para os usuários de serviços. Parece-me que a linguagem fluida e um tanto vaga do legislador pretendeu abranger tanto as atividades econômicas em sentido estrito como os serviços públicos, seja quando estes últimos forem prestados diretamente pelo Estado, seja quando o forem por concessionários ou permissionários, nos termos do art. 175 da Constituição da República. Com efeito, enquanto a expressão “agentes econômicos” alcança fornecedores e consumidores, no âmbito das atividades econômicas privadas, o termo “usuários”, no direito brasileiro, refere-se aos utentes de serviços públicos, consoante o art. 37, §3º, da Constituição e a Lei nº 13.460/2017.

Cumprе ainda mencionar que o legislador não limitou o alcance da norma a propostas normativas relativas à atividade regulatória, no estrito sentido do termo. Inobstante o *nomen iuris*, a AIR conterá *informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico*. Ora, além das normas clássicas de

comando e controle, o dispositivo se aplica também a casos menos ortodoxos, como os de regulação por incentivos e os de normas que versem sobre programas de fomento e até sobre intervenção direta do Estado no domínio econômico. Afinal, o que importa na lei são os possíveis efeitos do ato normativo e a verificação da razoabilidade de seu impacto econômico – e não, evidentemente, a categorização feita pela literatura sobre seu enquadramento. Parece evidente que a proposta de pura e simples revogação de norma regulatória também estará sujeita a prévia AIR, uma vez que não regular é uma forma de regular, com impactos econômicos óbvios.

V. Regulamento: início da vigência, metodologia, obrigatoriedade e dispensa

O parágrafo único do art. 5º da Lei nº 13.874/2019 remete a definição quanto ao início da exigência da AIR à previsão em regulamento. Também nele serão estipulados *o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada*.

A decisão do legislador me parece sábia. A uma, porque a exigência da AIR importa elevados custos, emprego de pessoal qualificado e infraestrutura por parte da Administração Pública. É prudente delegar à própria Administração a definição da *vacatio legis* neste caso, pois a exigibilidade imediata da AIR poderia comprometer a sua efetividade e desmoralizar o instituto. Tudo que não se deseja é que a AIR se torne, na prática, um formulário a mais, cujo efeito prático seja apenas o de legitimar decisões previamente tomadas pelo administrador público. Se existe alguma utilidade na AIR, ela consiste em revelar pontos cegos, ampliar o horizonte dos impactos causados pela regulação, de forma a aperfeiçoá-la, isto é, torna-la algo distinto e melhor do que se tinha em mente antes da sua realização.

Veja-se que embora o dispositivo se refira a “regulamento”, no singular, nada impede que cada órgão ou entidade da Administração edite seu próprio regulamento sobre a matéria, autovinculando-se, desde logo, a prazos, metodologia e hipóteses em que a AIR será exigível ou dispensável. Isto significa dizer, por óbvio, que os atos normativos de cada órgão ou entidade que já tenham sido editados continuarão em vigor, inclusive aqueles que já exigiam a realização de AIR em seu âmbito específico de aplicação. Isto não impedirá que o Presidente da República, via decreto, edite um regulamento

geral, ao qual os órgãos públicos e as entidades da Administração indireta dever-se-ão adequar.

Também me parece adequada a definição da metodologia da AIR pela instância regulamentar. Existem alguns métodos de avaliação de impactos regulatórios praticados mundo afora, tendo destaque a análise de custo-benefício (ACB) e a análise de custo-efetividade (ACE). Na ACB são levantados todos os possíveis custos decorrentes da medida (para o Estado, empresas, consumidores e terceiros, eventualmente) e sopesados com os potenciais benefícios para toda a sociedade. O desafio da análise é que custos e benefícios devem ser monetizados, de maneira a permitir uma efetiva comparação. Sua utilidade está em lançar luz sobre quanto a sociedade está disposta a pagar para ter acesso a certos benefícios, permitindo escolhas públicas mais informadas.

Já na ACE, não há uma comparação entre custos e benefícios, mas entre os custos de medidas alternativas e seus potenciais resultados (*e.g.*, número de vidas salvas, redução da incidência de doenças, redução da evasão escolar etc.), sem a monetização destes últimos. A vantagem da ACE sobre a ACB é que os resultados não precisam ser monetizados, permitindo que as escolhas recaiam sobre a medida que apresentar melhor desempenho na sua maximização. De outra parte, a ACE não consegue fugir de certa subjetividade na escolha dos objetivos públicos da regulação, isto é, do estabelecimento *a priori* de uma finalidade que será apenas otimizada pela comparação entre possíveis alternativas.

Finalmente, também parece acertada a possibilidade de previsão regulamentar das hipóteses em que a AIR será obrigatória e daquelas em que esta poderá ser dispensada. Por envolver custos elevados, tempo significativo e emprego de pessoal, a AIR deve ser compreendida como um recurso escasso, cuja utilização deve justificar os benefícios que dela possam advir para a sociedade. O regulamento deverá prever critérios quantitativos e qualitativos para tornar a exigência da AIR algo que realmente valha a pena em termos de melhora regulatória. Tal como na disciplina da licitação, há casos menos relevantes que não justificarão a perda do tempo e dos recursos (financeiros e humanos) para a realização da AIR. Em alguns casos, talvez o regulamento possa exigir uma *AIR simplificada*, deixando a *AIR completa* para situações cujo impacto econômico seja de fato muito relevante.

VI. Críticas à AIR e possíveis respostas em sua defesa

A AIR é muito criticada, sobretudo quando se utiliza da metodologia da análise de custo-benefício (ACB). As principais críticas se referem à dificuldade em monetizar bens preciosos, como a vida e a saúde – *pricing the priceless*, como sintetizaram Frank Ackerman e Liza Heinzerling.³ Com efeito, a incomensurabilidade de alguns bens e a incomparabilidade entre grandezas muito distintas nos leva à necessidade de juízos subjetivos que estabeleçam prioridades em lugar do mero sopesamento quantitativo.

Outra crítica comum à AIR é a chamada visão de túnel, consistente no viés do regulador na seleção da abrangência do que conta como custos e benefícios de uma medida. Por mais aberto que seja o procedimento, sempre haverá de haver uma linha de corte entre os impactos a serem considerados como efeito direto e imediato da regulação, e outros eventuais efeitos secundários, a serem desconsiderados. Isto importa reconhecer uma margem de subjetividade por parte de quem conduz o procedimento, com potencial para influenciar no seu resultado.

Por fim, há quem veja na AIR um instrumento antidemocrático, pois ela permitiria tratamento diferenciado a distintos grupos sociais afetados pela medida regulatória, conforme seus padrões internos de preferência, desafiando a lógica democrática do *one person, one vote*. Em outras palavras, a AIR permitiria distribuir os ônus e bônus sociais de medidas governamentais de maneira diferenciada entre grupos de pessoas, consoante diferentes critérios socioeconômicos, geográficos, étnicos, de gênero, dentre outros. Ter-se-ia, potencialmente, uma abertura para o *lobby* de grupos de interesses, em detrimento do interesse geral.

Aqui vão algumas das possíveis respostas em defesa da AIR. Em primeiro lugar, a incomensurabilidade de alguns bens preciosos, como vida e saúde humanas, não impede que esses bens sejam *precificados* para fins de planejamento econômico de políticas públicas estatais (alocação de despesas nos orçamentos de saúde pública), nem que o sejam pelo mercado privado (*v.g.*, o preço dos prêmios de seguros de vida e de seguros de saúde). O fato de a vida e a saúde humanas

³ ACKERMAN, Frank & HEINZERLING, Liza. *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*. University of Pennsylvania Law Review 150(5):1553-1584 · May 2002.

serem bens sagrados não nos permite ignorar que (i) a sua preservação importa custos, (ii) que os recursos são escassos, (iii) que há ainda outras despesas muito importantes e que, por conseguinte, (iv) algumas escolhas trágicas serão necessariamente feitas. Não se trata de reduzir o valor de bens sagrados, mas de reconhecer que os recursos disponíveis para preservá-los não são infinitos, nem excluem outros interesses humanos.

A AIR pode servir à proteção de direitos ao lançar luzes sobre os impactos econômicos que decorrem da regulação, permitindo que cada sociedade faça escolhas esclarecidas sobre o quanto está disposta a pagar por cada bem valioso. Caso a decisão pública já tenha sido tomada pelo legislador ou por outra instância de governo, a AIR poderá assumir a metodologia da análise de custo-efetividade, limitando a avaliação a uma comparação entre a efetividade de medidas alternativas para promover o mesmo fim. Por exemplo, a literatura norte-americana registra que, em diversas situações, o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) promoveu estudos de impacto regulatório e alertou reguladores setoriais e levar em conta soluções de baixo custo que maximizavam objetivos legais na área de proteção da vida e da saúde.⁴

No que se refere à visão de túnel, deve-se ter em conta que este é um risco que se corre em qualquer forma de regulação, haja ou não prévia AIR. A abertura procedimental da AIR, com sua transparente submissão a procedimentos participativos, como consultas e audiências públicas, pode permitir a inclusão de custos e benefícios até então ignorados pelo Estado, evidenciando quem ganha e quem pagará a conta com a medida. Não se nega, portanto, o possível viés do regulador, mas a AIR pode servir como instrumento para evidenciá-lo e até corrigi-lo, eventualmente. Tudo dependerá da seriedade com que o procedimento será conduzido e da capacidade de geração e absorção de informações relevantes por parte dos reguladores.

Por fim, no que toca à objeção democrática à AIR, as críticas não parecem convincentes. Por evidente, o *lobby* em defesa de grupos de interesses sempre existiu e sempre existirá nas democracias liberais, seja ele legalizado e institucionalizado, ou não. Em muitos casos,

⁴SUSTEIN, Cass. *The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, 2002, p. 7.

a ausência de um estudo de impactos econômicos permite, com maior facilidade, que reguladores adotem medidas baseadas em crenças, preconceitos, vieses os mais diversos ou por puro e simples populismo. Em alguns deles, grupos de interesses são beneficiados sem que haja oportunidade para esclarecimento da sociedade sobre quem ganha e quem pagará a conta, ao fim e ao cabo. A AIR, como procedimento pragmático-consequencialista por excelência, não permite que o regulador se esconda por meio da invocação de valores jurídicos abstratos, devendo levar em consideração os – potenciais ou efetivos – resultados práticos de suas decisões.

VII. Conclusões

O objetivo deste breve artigo foi conceituar a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados. Sua previsão expressa no art. 6º da Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, e no art. 5º da Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, representa a elevação ao patamar hierárquico da legislação ordinária de normas administrativas que, pontualmente, já contemplavam a necessidade da AIR como mecanismo de racionalização da sanha regulatória do Estado.

Nesse processo de gradual institucionalização, terá sobranceira importância a regulamentação que se fará do instituto, seja por meio de um decreto presidencial – em caráter mais geral – seja por meio de resoluções dos diferentes entes reguladores – no âmbito da regulação setorial. Não há na Lei uma amarração a priori a uma específica metodologia de AIR, ficando a questão do método e das perguntas relevantes a serem enfrentadas para definição no plano da regulamentação administrativa. De igual modo, o legislador deixou aberta a possibilidade de previsão regulamentar das hipóteses em que a AIR será obrigatória e daquelas em que esta poderá ser dispensada, o que parece ser uma decisão acertada.

Ao final, o artigo aborda as objeções clássicas feitas à AIR e algumas possíveis respostas a elas. A visão que se pretende transmitir

é a de que o instituto tem um grande potencial de contribuir para a racionalização e a melhora da eficiência regulatória no país. Todavia, eventuais erros de regulamentação poderão reduzi-lo a uma peça formal – um formulário a mais, como se disse – no já burocrático processo regulatório brasileiro.

Nota sobre a ADI nº 6.341 – Fixação de interpretação da competência concorrente entre os entes sobre saúde pública

Maria da Gloria Faria*

Resumo: A presente nota visa trazer análise sucinta e alguns breves comentários à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que confirmou, por unanimidade, o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na MP 926/2020, para o enfrentamento do coronavírus, não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, Distrito Federal e municípios.

Abstract: This note aims to bring a brief analysis and short comments to the decision of the Supreme Court which unanimously confirmed the understanding that the measures adopted by the Federal Government Provisional Measure for coping with coronavirus do not rule out competing competence or the taking of normative and administrative measures by the states, Federal District and municipalities.

Palavras-chave: Saúde Pública. Pandemia. Medida provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Competência concorrente.

Keywords: Public health. Pandemic, Provisional Measure. Direct Action of Unconstitutionality, Competing competence.

1. Introdução

As primeiras menções sobre a misteriosa pneumonia chinesa, que se manifestou inicialmente na província de Wuhan, chegaram na virada do ano de 2019 para 2020. Em 13 de janeiro é confirmado o primeiro caso fora da China, na Tailândia, e no dia 21 o primeiro em solo americano, em Washington. Dia 24 de janeiro a França noticia 3 casos e os números de cidades e países com casos confirmados vai se multiplicando. As suspeitas de o vírus já ter chegado ao Brasil aumentam e as medidas preventivas começam a se delinear com recomendações básicas de higiene.

* Advogada, Pós-graduada em Direito Empresarial pela UCAM, IAG Master de Seguros pela PUC-Rio, Conselheira e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da Associação Internacional de Direito do Seguro/AIDA-Brasil, Organizadora da Revista Jurídica de Seguros.

O Executivo encaminha, no dia 4 de fevereiro, proposta de lei ao Congresso, que se constitui no PL - 23/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus. A Câmara apresenta e aprova o projeto no mesmo dia 4 de fevereiro e a aprovação do Senado se dá na sessão do dia seguinte. Em 6 de fevereiro é sancionada a Lei 13.979/2020¹.

Em virtude da disseminação geográfica rápida da Covid-19 a OMS declara a elevação do estado da contaminação para pandemia no dia 11 de março.

Mais uma vez o Executivo toma a iniciativa para obtenção de instrumento legal para novas medidas de enfrentamento da (agora já declarada) pandemia da Covid-19 que deverão contemplar uma gama muito maior de providências, permissões e vedações, de forma excepcional e temporária sobre serviços públicos essenciais, dispensando ainda a licitação para aquisição de bens e serviços, dentre outras medidas.

2. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 e as alterações pela MP-926/2020

É dentro de um cenário de agravamento e escalada da Covid-19, que impõe medidas de quarentena, isolamento e distanciamento social, e em que as necessidades do SUS para o atendimento da população demandaram aquisição de leitos, equipamentos, medicamentos etc., que o Executivo apresentou, em 20/03/2020, a proposta de Medida Provisória 926/2020, no sentido de alterar a Lei nº 13.979/20, *para estabelecer especificidades na licitação e sua eventual dispensa para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da infecção humana pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019 (COVID-19)*.³

Fez parte das razões – justificativa – da proposta de MP, parágrafo que diz respeito, especificamente, a um dos pontos questionados na ADI 13.341 e que foi objeto da decisão ora em análise, que reafirma a competência concorrente da União, Estados e municípios como, inclusive, prevista na Constituição Federal.⁴

¹ A Lei Ordinária nº 13.979 é publicada no DOU 07/02/2020 Pag. 01 Col 01.

² Em 11 de março a OMS eleva estado da contaminação para pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).

³ Justificativa da proposta da MP-926/2020.

⁴ CF/88 Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios:
[...] II – cuidar da saúde e assistência pública, (...)

No que se refere às alterações da Lei nº 13.979, de 2020, a primeira alteração é específica para reforçar os limites constitucionais legislativos e, ao mesmo tempo, prezar pelo entendimento mútuo entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. É neste sentido que as medidas de isolamento e quarentena, quando afetarem a execução de serviços públicos regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou com o Poder Concedente ou autorizador.

3. ADI 13.979

O requerente da ADI 13.979, Partido Democrático Trabalhista – PDT – entendia que as alterações promovidas pela MP 926 no artigo 3º, *caput*, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979, padeciam de inconstitucionalidade formal, visto que, dada a matéria a que se dirigiam as alterações, somente lei complementar poderia fazê-las.

Do ponto de vista material, teria sido esvaziada a responsabilidade constitucional atribuída a todos os entes, para cuidarem da saúde, dirigirem o sistema único e executarem ações de vigilância sanitária e epidemiológica.⁵

O Relator, Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, em 24 de março, deferiu, em parte, a medida cautelar⁶, *para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente.*

⁵ Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:
VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

.....
§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o §8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do **caput**, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

⁶ *O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acantelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo,*

O julgamento pelo Colegiado ocorreu na primeira sessão plenária da história do STF, por meio de videoconferência, em 15 de abril, quando aquela Corte referendou a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio, de não estar afastada nos dizeres da MP 9.326 que alteraram a Lei nº 13.979, a competência concorrente dos estados e municípios em questões de saúde pública.

O entendimento de que as competências concedidas à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – não prejudicavam nem afastavam a competência dos governos estaduais e prefeituras de adotarem medidas sobre isolamento, quarentena e outras medidas restritivas no combate e prevenção do Covid-19 foi acolhido na forma do voto do Ministro Relator, quando afirma *que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.*

O que, em um primeiro momento, em leitura rápida, pode parecer um exagero, tão explicitada e reafirmada que foi a competência concorrente, ainda que constante do texto constitucional, na verdade, serve para retirar qualquer resquício de dúvida, empecilho ou óbice aos Estados e Municípios para assumir, promover e implantar ações emergenciais que considerem necessárias para a segurança sanitária e impor providências quanto à saúde pública neste momento de enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Em decorrência da decisão do Supremo, o Prefeito do Rio de Janeiro fez publicar no D.O. RJ 18/04/20 o Decreto Municipal 47.375/20, que torna obrigatório o uso de máscara facial não profissional para todas as pessoas que se desloquem em transporte público municipal; estejam desempenhando suas funções em ambiente coletivo compartilhado, público ou privado; frequentem espaços públicos como praias, lagoas, estradas, ruas e praças. Sendo que aquele que não observar os comandos do decreto estará sujeito às multas previstas no inciso IX, do art. 30 do Decreto municipal 45.585 de 27/12/18, e ainda eventual responsabilização pelo crime de infração de medida sanitária preventiva, de que trata o art. 268, do Decreto - Lei 2.828 de 07/08/1940, Código Penal.

há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente....

Em São Paulo, o Decreto Municipal nº 59.384/2020, publicado em 30 de abril, também se valeu da competência concorrente – para determinar o uso de máscaras de proteção facial no transporte público da capital paulistana – que conta com mais de 55 normativos relativos à Covid-19, entre leis, decretos, decretos legislativos, emendas à Lei Orgânica, resoluções e outros atos. Os dois mais recentes, nº 59.433 e nº 59.434, ambos de 13.05.2020 tratam, respectivamente, da instituição do regime emergencial de restrição de circulação de veículos no município de SP, e da declaração de situação de emergência no município de SP, para o enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus.

Quanto ao estado de São Paulo, em que a Covid-19 registra o maior número de indivíduos positivados e vítimas fatais, o Decreto Estadual 64.975, de 13.05.2020 veio atualizar as medidas de quarentena no Estado, alterando o Decreto 64.881.

4. Concluindo

Inúmeros são os decretos, leis, portarias e outras normas promulgados nos estados e em muitos municípios do país, que com sua competência validada por decisão do Supremo vieram nortear ações, vedações e providências para o enfrentamento da pandemia de Covid-19.

O questionamento, quanto a superposições e invasões mútuas de competência entre os três Poderes, é matéria assídua da mídia e de discussões de cunho político, social ou jurídico. Entretanto, o questionamento da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais por meio de ação direta de inconstitucionalidade, apresentada e julgada no STF, está totalmente pacificado, visto que, inclusive, faz parte das atribuições daquela Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário a guarda da Constituição como definido no art.102 da Constituição da República.

A decisão na ADI nº 6.341, que fixou a interpretação da competência concorrente entre os entes federal, estaduais e municipais no que se refere à saúde pública e sua segurança, coloca um ponto final na discussão e seus desdobramentos e efeitos se fizeram notar desde o dia seguinte do julgamento. A limpidez do conceito veio já quando da concessão da medida cautelar pelo Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, posteriormente confirmada pelo Colegiado, que desnecessária era, pois constante do texto constitucional mas reafirmada a interpretação, apenas para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente.



A black and white photograph of a piece of paper with handwritten notes in cursive. A black pen lies on the paper. The notes include mathematical expressions like 10 ± 10 , $10 \pm 10 / 10 \pm 10$, and $10 \pm 10 / 10 \pm 10$. There are also words like "no migrase", "gras", "toto", "to brenat (reco)", "Cargos (reco)", and "no migrase".

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Comentário à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 828.040. Responsabilidade objetiva do empregador em atividade de risco. Reflexos no seguro de RC do Empregador

Ricardo Bechara Santos*

Resumo: O objetivo deste artigo é comentar julgamento de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal que, em regime de Repercussão Geral, decidiu, por maioria de votos, que uma vez caracterizada a atividade de risco prevista no artigo 927 do Código Civil, a responsabilidade do empregador será objetiva diante de empregado acidentado que postule indenização complementar à do seguro de acidente do trabalho, mostrando, porém, a sua repercussão no seguro facultativo de responsabilidade civil do empregador.

Abstract: The object of this article is to comment on an Extraordinary Appeal to the Supreme Court, which under general repercussion, decided by majority vote, that once the risk activity provided for in the civil code article 927 is characterized, the employer's responsibility will be objective in the face of the injured employee who claims compensation in addition to the insurance accident, but showing its impact on the employer's optional civil liability insurance.

Palavras-chave: Acidente do trabalho. Seguro de acidente do trabalho. Seguro facultativo de responsabilidade civil do empregador. Responsabilidade civil objetiva. Responsabilidade civil subjetiva. Atividade de risco. Infortúnica. Culpa. Dolo. Indenização complementar. Agravamento de risco. Agravamento de prêmio. Dano pessoal. Precificação do seguro de RC do empregador.

Keywords: Labour accident. Labour insurance. Employer's optional civil liability insurance.

* Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito do Seguro - AIDA Brasil. Autor, dentre outras, das obras Direito do seguro no cotidiano, Direito do seguro no novo código civil e legislação própria e Coletânea de jurisprudência STJ/STF, Seguros, Previdência Privada e Capitalização e coautor de diversas obras. Consultor jurídico da Confederação Nacional das Seguradoras - CNseg e do Sindicato das Seguradoras nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo - Sindseg RJ/ES.

Sumário: 1. Síntese da decisão. 2. O entendimento que prevaleceu. 3. O caso concreto. 4. A responsabilidade civil subjetiva como regra. A responsabilidade objetiva como exceção. 5. A repercussão no seguro de responsabilidade civil do empregador. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 – SÍNTESE DA DECISÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente (setembro de 2019), em sede de REPERCUSSÃO GERAL, mas por maioria, que em acidente do trabalho ocorrido em atividade de risco, o empregador deve responder objetivamente pelo excedente coberto pelo seguro público a cargo do INSS (SAT), sem apuração de dolo ou culpa, valendo de pronto destacar que a decisão pode impactar na responsabilidade do segurador privado no seguro facultativo de responsabilidade civil do empregador.

A decisão da Suprema Corte, no entanto, a meu ver trafega na contramão do disposto no artigo 7º, inciso XXIII da Carta Maior, que assegura ao trabalhador *seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa* (grifei). É que, se a Constituição Federal nesse contexto só admite a responsabilidade complementar do empregador em caso de dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), sem a ressalva de se tratar de atividade de risco, não faz sentido, sob pena de incidir em inconstitucionalidade patente, atribuir-lhe uma responsabilidade objetiva prevista em lei infraconstitucional (Código Civil art. 927, parágrafo único)¹. Não sem lembrar que o Código Civil de 2002 manteve a regra da responsabilidade civil subjetiva com base na culpa, consoante se vê do seu artigo 186.² Preservou como regra a concepção romanista representada pelo aforisma *in lege aquilia et levissima culpa venit*, segundo o qual o menor pecadilho ou fragmento de culpa gera obrigação de indenizar.

Quer isso dizer que a decisão em comento, além de trafegar na contra-mão da Carta Magna vai também ao desencontro do próprio e ainda aparentemente vigente enunciado da *súmula* 229³ da Corte Suprema- embora anterior à Constituição de 1988 - que é ainda mais restritiva que o preceito constitucional, já que só admite a indenização pelo direito comum se o empregador incorrer em *dolo ou culpa grave*,

¹ Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

² Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

³ Súmula 229 do STF. *A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em*

que são as hipóteses de intencionalidade, enquanto a CF permite a indenização suplementar ao empregado de modo mais amplo já que por dolo ou culpa simples (*negligência, imprudência ou imperícia*). Mas não tão ampla quanto a responsabilidade objetiva reconhecida pelo STF nesta decisão em grau de repercussão geral objeto deste comentário.

2. O ENTENDIMENTO QUE PREVALECEU

Assim decidindo, entendeu a Corte Maior que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva do empregador por dano causado por acidente de trabalho em atividade de risco. Desta forma, o trabalhador que atua em atividade de risco tem direito, segundo a decisão, à indenização em razão de danos decorrentes do acidente laboral, independentemente da comprovação de culpa ou dolo do empregador, já aí com direito a reivindicar indenização decorrente do dano pessoal tão ampla quanto permite o instituto da responsabilidade civil, consoante o princípio da *restitutio in integrum*.

Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Alexandre de Moraes, de que não há impedimento à possibilidade de que as indenizações acidentária e civil se sobreponham, desde que a atividade exercida pelo trabalhador seja considerada de risco.

O recurso em debate (RE 828.040) é o processo paradigma do tema 932 de repercussão geral do STF. Todavia, devido a divergência entre os ministros com relação à tese, e ante a ausência dos ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, o tema foi suspenso e a tese será votada posteriormente.

A discussão teve início quando seis ministros votaram pela responsabilização objetiva do empregador: Alexandre de Moraes – relator, Fachin, Barroso, Lewandowski e as ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia. No dia seguinte, Gilmar Mendes acompanhou o relator, mas com razoável e consistente ressalva: só admite a responsabilidade objetiva nas hipóteses previstas no art. 193 da CLT⁴. Como se vê, o entendimento se consolidou por ampla maioria dos Ministros que participaram do julgamento.

caso de dolo ou culpa grave do empregador.

⁴ CLT. Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do trabalho e Emprego, aqueles que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente a: I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial....

Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, por considerarem que, como o empregador já recolhe contribuição relativa ao seguro acidente de trabalho, com alíquotas maiores para as atividades de maior risco, a obrigação de responder pela indenização civil sem que tenha havido culpa ou dolo seria excessiva.

É claro que, para caracterizar a responsabilidade objetiva no caso, mister que haja nexo causal entre o acidente e o trabalho do acidentado, não bastando, pois, o simples fato de a empresa empregadora desenvolver atividade de risco. Se o acidente de trabalho ocorrer em circunstâncias não relacionadas com o risco da atividade da empregadora, quando decorrer, por exemplo, de uma queda nos escritórios da empresa, decerto que do acidentado será exigida a prova de culpa do patrão.

3. O CASO CONCRETO

O recurso foi interposto por uma empresa de transporte de valores contra decisão do Tribunal Superior do trabalho – TST, que a condenou ao pagamento de indenização a um vigilante de carro-forte devido a transtornos psicológicos decorrentes de um assalto.

A tese adotada pelo TST foi a da responsabilidade objetiva, que dispensa a comprovação de dolo ou culpa, fazendo incidir no caso a regra prevista no artigo 927, parágrafo único, do CC, por entender que se trata de atividade de risco. Para a empresa, porém, a condenação contrariou o dispositivo constitucional que trata da matéria, uma vez que o assalto foi praticado em via pública, por terceiro.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COMO REGRA. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA COMO EXCEÇÃO

Existem diversos dispositivos no Código Civil sobre responsabilidade civil. Mas neste tópico, oportuno destacar o disposto nos artigos 186 e 927 já antes transcritos nas respectivas notas de rodapé. O primeiro mantém a regra da responsabilidade subjetiva, o segundo, excepciona essa regra, ditando as hipóteses de responsabilidade objetiva, dentre as quais a que interessa aos presentes comentários, ou seja, a responsabilidade decorrente da *atividade de risco*.

É que o dispositivo por último citado, de grande interesse para o seguro de Responsabilidade Civil, amplia as hipóteses de responsabilidade objetiva pelo *risco da atividade, mas pelo risco criado* (indústria química, por

exemplo), o que não sucede, digamos, com a atividade do médico, que recebe paciente já enfermo sem promessa de resultado. Andar na rua, dirigir auto, praticar esporte, dentre outras práticas do cidadão comum, não importam em atividade para esse efeito.

O Código Civil de 2002, afastando-se um pouco do Código revogado de 1916, consagrou de certo modo a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva, decorrente do ilícito civil ou do abuso de direito, em cujas noções encontra-se inserida a ideia de culpa (artigos 186 e 187), admitiu também a responsabilidade objetiva, que permite ao magistrado reconhecer a responsabilidade civil do infrator sem indagação de culpa, em duas situações, pelo que se infere da leitura do conjunto do art. 927 citado (*caput* e seu parágrafo único). A primeira delas, *nos casos especificados em lei*, a outra, *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*.

A primeira hipótese mostra, com clareza solar, que o novo Código recepciona, naquilo que com ele não for incompatível, toda a legislação especial que já previa a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

A mesma clareza não se pode inferir da segunda hipótese, pela imprecisão do dispositivo que a hospedou. Primeiramente porque, ao criar a responsabilidade pelo *risco da atividade*, não define nem especifica a categoria de pessoas a que essa atividade se refere e, por conseguinte, o âmbito de incidência da norma, pois dentro de um considerável grau de subjetividade pode existir uma miríade de pessoas e atividades aí inseridas: o transportador de produtos químicos ou inflamáveis, o agente especializado no manejo de material nuclear; o transportador de valores mesmo com proteção armada etc. Ou, variando de um polo a outro, poderia também estar aí inserido o motorista que guia o seu veículo, todos os dias, até o trabalho? Essas indagações podem realmente surgir considerando a natureza fluídica da expressão “*atividade de risco*”, conceito tão aberto quanto o próprio sistema de cláusulas abertas em que consiste o Código Civil de 2002. Poderia alcançar também o motorista de UBER ou o taxista!

Mas, por óbvio, logo numa primeira leitura, com olhos de ver, basta atentar para o advérbio “*normalmente*”, associado ao termo “*atividade*”, para se inferir que outra não pode ter sido a intenção do legislador senão a de compreender na norma apenas as pessoas, físicas ou jurídicas, que exerçam uma atividade, ou melhor, que explorem uma atividade, visando a um proveito (daí o chamado risco-proveito), mas

que seja potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Só aí se poderia cogitar da aplicação excepcional da responsabilidade sem culpa pelo chamado risco da atividade, afastando toda e qualquer situação cotidiana do cidadão cuja ação não pressupõe a busca de um determinado proveito, geralmente econômico. Assim, já ensinava o mestre Alvino de Lima⁵, ao destacar que *a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria.*

Mas a imprecisão do texto legal pode levar a outras deambulações por conta da expressão “*atividade de risco*”. Digamos, por exemplo, para não citar outras situações intrincadas diante da nova regra, quanto à atuação de determinados profissionais liberais que empreendem atividade de risco, a exemplo de médicos, pelo erro de um cirurgião que comprometa a vida, a saúde ou integridade física do paciente, ou dos advogados pela perda de um prazo que possa gerar enorme prejuízo ao cliente, seja econômico ou relacionado à sua liberdade. Caberia aí a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade a que alude o parágrafo único do art. 927? Segundo o saudoso Ruy Rosado Aguiar⁶, em artigo de sua lavra no qual comenta referido dispositivo, *A regra atinge o empresário e o profissional liberal e, nesse ponto, contraria a regra do Código de Defesa do Consumidor, que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração da culpa.*

Primeiramente ousamos divergir do eminente jurista e ex ministro do STJ, pois a responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, fincada no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, conquanto anterior ao Novo Código Civil, não perde vigência por força do princípio da especialidade. Depois porque tanto a atividade do médico, quanto a do advogado, não são de resultado, mas de meio. Por isso não se trata, como diz a norma, de atividade normalmente desenvolvida que, por sua natureza, implica naturalmente risco a direitos de terceiros.

A propósito, vale mencionar pronunciamento do STJ, plasmado no REsp nº 532377-STJ, noticiado com o seguinte título: Serviço Advocatício Não Envolve Relação de Consumo. No corpo da notícia sobre o referido acórdão se extrai o seguinte:

⁵ Lima, Alvino, emérito professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, em seu clássico *Culpa e Risco*, Editora Revista dos Tribunais, edição 1960.

⁶ Aguiar, Ruy Rosado, em artigo intitulado *Obrigações e Contratos - Projeto de Código Civil*, disponível no site do Conselho de Justiça Federal.

A atividade profissional desenvolvida por advogado não caracteriza relação de consumo. A conclusão unânime é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo o ministro Cesar Asfor Rocha, relator do processo, além de ser regido por uma norma específica (Lei 8.906/94), o trabalho advocatício não é uma atividade fornecida no mercado de consumo. Dessa forma, não incide o Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas ações que tratam de trabalho advocatício.

No recurso ao STJ, a cliente do advogado afirmou que os julgamentos anteriores teriam violado os artigos 3º, 267, incisos III e VI, e 295 do Código de Processo Civil (CPC); 118 e 1.228 do Código Civil de 1916; 24 da Lei 8.906/94, e 3º e 51, parágrafo 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O ministro Cesar Asfor Rocha negou o recurso mantendo a decisão do TJ-RJ. Segundo o relator, “ainda que o exercício da nobre profissão de advogado possa importar, eventualmente e em certo aspecto, espécie do gênero prestação de serviço, é ele regido por norma especial, que regula a relação entre cliente e advogado, além de dispor sobre os respectivos honorários, afastando a incidência de norma geral”.

Cesar Rocha lembrou a conclusão do TJ-RJ de que “as prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. (www.stj.gov.br)

Todavia, seja ou não o serviço prestado pelo advogado sujeito ao CDC, não é atividade que por sua natureza se encarta na expressão *atividade de risco* prevista no artigo 927 do CC. Assim como a atividade do médico.

Fora da hipótese criada pelo parágrafo único do art. 927 - do risco da atividade - a responsabilidade objetiva continua, portanto, não podendo ser criada por interpretação extensiva, sob pena de se estar adelgaçando a regra legal da teoria subjetiva da culpa provada. A teoria do risco criado, embora agora mais ampliada, continua exceção em nosso ordenamento jurídico, por isso só possível, repita-se, por expressa disposição legal, como é o caso, por exemplo, do seguro DPVAT, do Acidente do Trabalho (infelizmente), da responsabilidade civil do Estado, do fornecedor de produtos ou serviços por vício ou defeito (Código do Consumidor e art. 931 do novo Código Civil⁷), a responsabilidade

⁷ Art. 931 do CC. *Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.*

civil por danos ambientais, responsabilidade civil das estradas de ferro, e outras específicas exceções legais à regra da responsabilidade civil subjetiva, que depende da comprovação de culpa.

5. A REPERCUSSÃO NO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL FACULTATIVO DO EMPREGADOR

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, renascia, qual fênix, das cinzas, o Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil do Empregador, deixado antes de lado em face de uma construção jurisprudencial consolidada na antes referida Súmula nº 229 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, repetindo para melhor visualização, *a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador*. Só que, como vimos e veremos este enunciado, embora ainda conste formalmente do rol das Súmulas vigentes no STF, fora como que “abrogado” pela nova ordem constitucional de 1988, posto que de impossível convivência com o já antes transcrito artigo 7º, inciso XXIII, da Carta Maior.

Pela sutil aplicação ao seguro de Responsabilidade Civil do Empregador, dessa jurisprudência pretoriana acumulada, ainda não expressamente revogada, que deveria representar a última instância em uma demanda judicial, concluía-se que referido seguro, realmente, pela força daquele precedente perdia a sua razão de ser, posto que, a rigor, tratava-se, *mutatis mutandis*, de um seguro, em tese, sem risco, o que decerto comprometia a imagem do Segurador, já que não lhe seria lícito receber o prêmio sem corresponder à sua garantia.

Com efeito, em sendo tal seguro daqueles que tem por objeto cobrir os riscos da Responsabilidade Civil do Empregador pelos danos pessoais sofridos por empregados do segurado, quando a seu serviço, no que exceder da indenização devida pelo seguro obrigatório de acidente do trabalho segundo as regras do direito comum, aquela Súmula do Supremo Tribunal Federal sentenciava a inviabilidade de se operar referido seguro, máxime quando a jurisprudência que se sucedeu passou a entender que o dolo e a culpa grave eram, no direito civil, figuras jurídicas confundíveis.

E de outro modo não poderia ser, já que o dolo e a culpa grave devem constar em todas as apólices de seguro, inclusive as de responsabilidade civil, como cláusulas excludentes. Sendo o dolo a vontade deliberada do agente para alcançar o resultado danoso, jamais o seguro em causa ou outro que seja, poderia admiti-lo como risco coberto: a uma, porque aberraria

do princípio fincado no artigo 762 do Código Civil⁸, que determina a nulidade do contrato quando o risco de que se ocupa se filie a atos ilícitos graves do segurado ou de quem se beneficie do seguro, tal como o dolo – determinado ou eventual - ou a culpa grave; *a duas*, porque aquela vontade deliberada do segurado de causar o dano afrontaria não só a própria essência do seguro, que tem na álea a sua aba essencial, bem como o artigo 768 do Código⁹, que também pune com a perda do direito ao seguro os atos do segurado que agravem intencionalmente o risco, máxime porque o dolo civil também é ato de má-fé, além de vício do consentimento com intenção de prejudicar. E sendo o seguro um contrato de boa-fé por excelência, também por isso seria o dolo o seu antípoda, assim como a má-fé que tipifica o crime de fraude.

Mas não seria só o dolo cláusula excludente obrigatória nos contratos de seguro. Também a culpa grave: primeiro porque, de tanto se avizinhar do dolo, com ele acaba se confundindo; segundo porque, em que pese a sua sutil diferença do dolo, mais perceptível no campo do direito penal, também é causa e sintoma de agravamento de risco. É que, enquanto no dolo o agente quer deliberada e, quiçá, obstinadamente, o resultado, na culpa grave o agente acaba intuitivamente também querendo o resultado, entanto, não tão deliberadamente como no dolo, na medida em que assume consciente e levemente o risco do resultado danoso, pouco se lixando para as prováveis consequências do seu ato, a quase se confundir, por uma oitava a menos, com o dolo eventual do direito criminal, com a culpa consciente. Enfim, todas figuras irmãs siamesas, parentes bem próximas uma da outra, que o melhor é confundi-las mesmo entre si para determinados efeitos como, por exemplo, os do seguro, que não admite qualquer forma de intencionalidade.

E como mostra dessa confusão natural, vale transcrever trecho de escólios de De Plácido e Silva¹⁰, que bem ilustra o tema:

A culpa lata, também dita grave ou grosseira, consiste em não se obrar em relação a outrem com a mesma atenção que o homem mais negligente ou descuidado, poderia ter com os seus próprios negócios.

⁸ Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

⁹ Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

¹⁰ E Silva, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, Editora Forense Rio, 12ª edição, pg. 590.

Resulta, desse modo, da falta que o homem mais desleixado ou medíocre não poderia cometer, tendo por dever evitá-la, como a evitaria em seus negócios, tão positiva ela se mostrasse.

Nesta razão, aproxima-se do dolo, que, por vezes, com ela se confunde, quando tomado este na acepção vulgar, pois para sua evidência, como é princípio firmado, é indispensável a positivação do ato intencional de má fé. E, mesmo, grosseira e grave, a falta sem má fé será sempre culpa.

Pode haver a imprevidência imperdoável, a inépcia injustificada, mostrar-se, assim, violação por tal forma irritante que se coloque próxima ao dolo, mas desde que se verifique não haver a intenção dolosa, classificar-se-á na espécie de falta grosseira e inepta. É assim culposa não dolosa, porque o agente não tinha a intenção fraudulenta de causar o dano, embora a omissão pudesse ser evitada sem esforço de atenção.

Na esteira da jurisprudência então sumulada do STF, caminhava na época a jurisprudência dos tribunais estaduais, cujas ementas que a seguir se transcreve por amostra também servem de ilustração histórica:

Responsabilidade Civil do Empregador – Culpa Grave - Conceito. A culpa grave ou lata é aquela que se aproxima do dolo por absoluta imprudência e negligência, não existente no caso. Ac.unânime da 3ª Câ. de 24 de abril de 1986. Ap. Cível nº 41.397. Reg. nº 1141. (J.26.264). Rel.: Juiz Hudson Lourenço. in DO-RJ-P. Judiciário-Parte III- 30.09.86, pág. 76.

Responsabilidade Civil – Morte em Acidente do Trabalho – Evento coberto pelo Seguro Obrigatório previsto na Lei Infelizmente. Ementa Em sede de acidente de trabalho, somente quando ocorrer dolo ou culpa grave do empregador será possível responder; a empresa, pela indenização prevista no Direito Comum, pois comprovado o nexo causal entre o acidente fatal e a relação empregatícia da vítima, independentemente da apuração da culpa desta, seus dependentes necessariamente serão amparados pela lei especial de acidentes do trabalho de responsabilidade exclusiva do Estado, através do LAPAS. (Apelação Cível nº 17.569 - Tribunal de Justiça - SC - 2ª Câmara - Relator. Desembargador Ernani Ribeiro - Unânime) - in Boletim Fenaseg nº 703, de 21-03-83, pág. 03.

Acidente do Trabalho – Cumulação de Indenização – Dolo ou Culpa Grave. A indenização acidentária não inclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave. A culpa grave se revela por

meio de falta inescusável no tocante à segurança do empregado ou a sua exposição a perigo, no desempenho de serviço. (RJ/RJ - Ac. unân. da 2º Câm. Cív. reg. em 2-10-84 - Ap. 32.018 - Campos - Rel. Des. Felisberto Ribeiro) in BJA nº 21-30-07-86, pág. 331.

Acidente de Trabalho – Indenização de Direito Comum – Prescrição: Acidente de trabalho. Culpa grave. Rede Ferroviária Federal. Prescrição do D. 20.910/32 rejeitada. Inocorrência de culpa grave. A Rede Ferroviária Federal não se beneficia da prescrição quinquenal presente no D. 20-910/32, porque não é mantida por impostos, taxas ou quaisquer contribuições fiscais, sim pelos preços das passagens e dos fretes que cobra dos usuários. (Dec. lei 4597/42, art. 2.). Maquinista que andava entre as linhas, descuidadamente, de cabeça baixa. Atropelamento por outra locomotiva. Inocorrência de culpa equiparável ao dolo (LAT). (Apelação Cível nº 2637/87 - Reg. em 18/08/88 - Sétima Câmara Cível - Unânime. Des. Paulo Roberto Freitas - Julg.: 08/03/88. - in Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Ementário nº 31/88 - DO RJ de 1/9/88, pgs. 117/120).

Não se pode, diga-se de passagem, confundir responsabilidade objetiva, sem culpa, com responsabilidade com culpa presumida legis tantum, porque, nesta, a culpa existe, ainda que presumidamente e podendo se manifestar em suas multifárias formas (*in eligendo, in vigilando, in custodiendo etc.*); naquela, a culpa inexistente por definição ou, quando muito, se presume jure et de jure, ou seja, sem admissão de prova em contrário, subdividindo a responsabilidade civil objetiva em pura e impura.

Na teoria do risco criado, na infortunistica, a responsabilidade exsurge mesmo sem culpa, ao passo que na teoria subjetiva a responsabilidade fundamenta-se na culpa, ainda que por presunção relativa, mesmo que levíssima. Mas casos outros há, mais exóticos, em que se atribui uma responsabilidade objetiva mitigada, como era o caso dos riscos nucleares até o advento da Carta Constitucional de 88, que passou a estabelecer a teoria objetiva absoluta como aplicável à espécie.

Bem se vê que sobre acidente do trabalho a teoria do risco se aplica, de modo a responsabilizar o patrão sem que possa o mesmo escusar-se da reparação do dano, a não ser que prove a força maior, o caso fortuito, como causas excludentes do sinistro, ou o dolo do operário. São indenizações mais de caráter “*forfaitaire*” do que reparações ex delicto. E sempre que a lei obrigue a reparar um dano sem a prova real ou presumida da culpa, sem a prova do erro de conduta, certo está que tratar-se-á de uma responsabilidade objetiva.

Daí, se ao empregado só era dado buscar a indenização complementar contra o seu empregador em caso de dolo, e este confundido pelos Tribunais com a culpa grave, o seguro de RC do Empregador, de reembolso por natureza, que justamente exclui da cobertura as hipóteses de dolo e, por conseguinte de culpa grave, acabava por cobrir o nada, se considerada a força da decisão uniforme e sumulada da mais alta Corte de Justiça do País(Súmula 229).

Se a indenização complementar à do seguro de Acidente do Trabalho, que o Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil do Empregador visa a cobrir, só poderia ser buscada justamente por uma razão que este próprio seguro exclui (o dolo e ou a culpa grave), outro destino não se reservava à esse seguro se não o de seu esvaziamento.

Mas com a CF de 88 e o disposto no seu artigo 7º, inciso XXVIII, vale repisar, o seguro de RC do Empregador, morto ou que se fingia de morto, ressurgiu das cinzas, porque decerto o empregador brasileiro, que somado aos seus empregados representa uma massa considerável, passou a contar, novamente, com a proteção do risco excedente do que é coberto de forma limitada pelo seguro de Acidentes do Trabalho. Isto, ao se considerar que o amplo espectro em que pode se constituir uma indenização por responsabilidade civil à luz do direito comum, que leva em conta, inclusive, os ganhos do empregado, a sua faixa etária, sobrevida provável, cargo que ocupa, etc.,além dos multifários valores indenizáveis, como dano moral, dano estético, lucro cessante etc.

Senão vejamos, mais uma vez, na letra e no espírito, a íntegra do texto Constitucional de 88:

art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII - Seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. (grifei).

Verifica-se, portanto, que o legislador constituinte deixando de graduar a culpa, altera substancialmente os efeitos daquela antes citada Súmula do Supremo Tribunal Federal, que só admitia a indenização complementar em caso de *dolo ou culpa grave*, excluindo qualquer grau menor de culpa. Se antes da CF de 88 a súmula 229 do STF esvaziava o seguro de RC do Empregador, com a promulgação da Carta Magna em 88 foi a Súmula que restou esvaziada, senão abrogada, abrindo passagem para o seguro de RC do empregador.

Com o advento da Carta Política de 88, em não medindo a culpa, o legislador constituinte deixa patente que o empregador responderá até mesmo por culpa levíssima, voltando a incomodá-lo os preceitos da responsabilidade civil do direito comum, segundo os quais, como dito e redito, a menor faísca de culpa gera obrigação de indenizar, desde que assentado no tripé composto por ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Com tal preceito, o legislador Constituinte passou a aplicar, na relação entre empregador e empregado, as duas teorias que se antagonizam na doutrina da responsabilidade civil: de um lado, na parte do seguro de Acidente do Trabalho, legalmente obrigatório, de indenização limitada e a cargo do empregador e do INSS, a teoria do risco, de responsabilidade objetiva e inspirada na infortunistica; de outro lado, na parte da indenização complementar pelo direito comum, a teoria da responsabilidade subjetiva, adotada como regra em nosso direito e que tem assento básico no artigo 186 do Código Civil, a exigir da vítima a comprovação da culpa, salvo em caso de acidente ocorrido em atividade de risco segundo a citada decisão do STF em grau de repercussão geral.

No que se refere ao conceito de culpa, seria enfadonho, até mesmo inútil, transcrever um sem-número de definições, numa falsa demonstração de erudição, porque tudo se resumiria a uma simples transcrição do que já existe nos livros concernentemente à matéria.

Inúmeras são as definições de culpa, mas preferimos ficar com a noção que nos dá Alvino de Lima, segundo o qual, na sua expressão mais simples¹¹, *CULPA é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.*

Todavia, quem acaba estabelecendo o conceito de culpa são os Tribunais, cujo volume das decisões, em temas de responsabilidade civil, evidencia ser matéria da “ordem do dia” do Judiciário, porém, notando-se sempre, de contexto a contexto, que a culpa é entendida como um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se. Como o conceito de normalidade no agir do ser humano varia de tempo em tempo, de lugar para lugar, tal como modismo, também nessas marolas, vão se transformando os conceitos de culpa.

Mas é preciso atentar para o fato de a responsabilidade civil se caracterizar e surgir, uma vez que seus elementos se integram, sempre como um fenômeno complexo oriundo de requisitos diversos

¹¹ Ib idem obra citada. Lima, Alvino, emérito professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, em seu clássico *Culpa e Risco*, Editora Revista dos Tribunais, edição 1960.

intimamente unidos. E um desses elementos é o fato violador do direito, considerado em si mesmo e que não pode confundir-se com a culpa, que é um elemento distinto. O fato violador do direito pode vir ou não acompanhado da culpa; se esta acompanha a violação do direito, surge a responsabilidade civil subjetiva, provados o dano e o laço de causalidade. Se, entretanto, a violação do direito de outrem não vem acompanhada da culpa, estaremos diante de um fato sem significação jurídica, no sentido de se fixar a responsabilidade extracontratual de seu autor, no âmbito da teoria subjetiva, ganhando espaço a cada dia a teoria objetiva da culpa. Máxime em tema de acidente do trabalho, para evitar que o empregado não ficasse à deriva da *loteria da culpa*, quando dificilmente lograva êxito na contenda contra o empregador, na maior das vezes sem poder contar com o testemunho de seus colegas de trabalho, estes naturalmente por temer as consequências do que seria testemunhar contra o seu patrão.

Se o empregador deixar de realizar o seguro obrigatório de Acidente do Trabalho, hoje ainda monopólio do INSS embora quebrado pela CF de 88, ele se torna autosegurador desse risco, no seu exato calibre, ou seja, até os limites das indenizações ali fixadas e independentemente de apuração de culpa. Ao passo que, se não realizar o seguro facultativo de RC do empregador, hoje ressuscitado, ele se fará autosegurador de um risco de proporções consideráveis.

É certo que a teoria do risco ou infortunistica, adotada nesse particular, se fez mesmo necessária haja vista que, realmente, ao menos enquanto houvesse vínculo empregatício, o empregado se sentia temeroso em acionar o seu empregador em face da possibilidade de que com tal gesto, embora legítimo, viesse a perder o emprego, de vez que, não raro os acidentes de trabalho e suas circunstâncias tinham que ser comprovados em Juízo através da prova testemunhal, conhecida como a *“prostituta das provas”*.

Todas essas razões que, culminariam, em determinado momento histórico, na adoção da teoria do risco à espécie, certamente poderão voltar a estrelar no palco das querelas referentes à indenização complementar da do seguro de Acidentes do Trabalho, reeditada com a nova fórmula do artigo 7º, XXVIII, da Constituição de 1988 e, já agora, ante a mais recente decisão plenária do STF em sede de Repercussão Geral, objeto destes comentários, sem que o empregado tenha que provar a culpa do empregador nos casos de atividade de risco, conforto que certamente pode servir de estopim para o incremento das demandas indenizatórias.

Todavia, é de se esperar que com o novo contexto brasileiro, aquelas velhas quizilas do relacionamento patrão/empregado, capital/trabalho, não venham a ser tão pungentes.

6. CONCLUSÃO

À vista de tudo isso, certamente despertará, em todo empregador brasileiro, uma consciência para ver-se garantido desse risco complementar e de vulto, sem prejuízo de um necessário repensar quanto a adoção dos critérios de segurança do trabalho, a que alude o artigo 157 da CLT¹² e que cabe aos empregados seguir, colaborando com as empresas nesse sentido, cujo descumprimento, por se constituir falta grave, fica até passível de rescisão laboral por justa causa.

Não sem concluir que a recente decisão do STF, objeto destes comentários, veio a alterar - não tanto quanto antes da CF de 88 quando vigia o enunciado da Súmula 229 do STF que praticamente esvaziara a operação desse seguro - de modo mais gravoso o cenário do seguro facultativo de RC do Empregador, cuja precificação precisa ser revista. Isto porque a decisão da mais alta Corte de Justiça do País, como guardião da Constituição, embora com entendimento do qual ousaria divergir, permita-me, magna vênia, passou a entender, em grau de *Repercussão Geral*, que o empregador, ainda que em atividade de risco, que em cada caso carece de ser definida como tal, há de responder, no que exceder da indenização coberta pelo Seguro de Acidente do Trabalho, pela indenização complementar regida pelo direito comum, independentemente de apuração de culpa, é dizer, pela aplicação excepcional da responsabilidade objetiva, fato suficiente para aumentar o espectro do risco a ser assumido pelo segurador privado e, por conseguinte, agravar o prêmio correspondente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS¹³

- Alvino de Lima, emérito Professor da USP (Nrdp nº 6 e nº 11)
- De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense (Nrdp nº 10)
- Ruy Rosado Aguiar foi ministro do STJ, comentando o artigo 927 do CC (Nrdp nº 7)

¹² CLT, Art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV – facultar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

¹³ As referências estão indicadas nas respectivas notas de rodapé (Nrdp) e ou nas respectivas páginas da citação.

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.umdointeres.org.br. Acesso em 29 de outubro de 2016.

11. Os artigos deverão ser enviados para **revistajuridica@cnsseg.org.br** bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.

PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg

1. *The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.*

2. *The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.*

3. *All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.*

4. *All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.*

5. *The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.*

Example: MARQUES, Cláudia Lima. Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce). São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. Journal of Courts, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. *All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:*

Doctrine - 10 to 30 pages

View - 05 to 15 pages

Opinions - 10 to 30 pages

Legislation and Commented Jurisprudence – 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be either indents or spacing, before or after.

7. *The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.*

8. *Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.*

9. *The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.*

10. *The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.*

Example: ALVES, Luis Silva. The Rights of Insurance in the Contemporary World. Available in www.umdoistres.org.br Access in 29 of October of 2016.

11. *The electronic address **revistajuridica@cnsseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.*

Nossa missão

“É congregar as lideranças das Associadas, elaborar o planejamento estratégico do setor, colaborar para o aperfeiçoamento da regulação governamental, coordenar ações institucionais de debates, divulgação e educação securitária e representar as Associadas perante as autoridades públicas e entidades nacionais e internacionais do mercado de seguros.”



Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.
Capa: papel Ensogloss 250 gramas | Miolo: papel Pólen Soft 80 gramas

A Revista Jurídica nº 12 chega em momento repleto de mudanças e incertezas, em um cenário dominado pela apreensão frente à pandemia do coronavírus. Tem como tema de vários de seus artigos os impactos da Covid-19, e foi formatada, finalizada e editada, com quase todos os seus colaboradores em home-office, e as comunicações, mais estreitas que nunca, realizadas por meios eletrônicos, em decorrência do distanciamento social. Assim, sofrendo também as limitações impostas pelo combate à disseminação da Covid-19, esta edição da RJS é lançada, primeiramente, em sua versão eletrônica. A edição impressa virá a seguir, e será distribuída quando da retomada das atividades presenciais pela CNseg. O presente número é aberto com o artigo do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, **Paulo de Tarso Sanseverino**, sobre “A prescrição no Contrato de Seguros na Jurisprudência do STJ”. Entre os destaques, traz o parecer do Professor **Gustavo Tepedino**, sobre “Extra-Rol”, e a transcrição da peça inicial da ADI nº 6396/DF, que trata da “Inconstitucionalidade da Resolução CNSP nº 380/2020”, de autoria de **Ernesto Tzirulnik**, **Paulo Luiz de Toledo Piza**, **Gustavo de Medeiros Mello** e **Gustavo Palheiro Mendes de Almeida**.

Na seção Internacional, o excelente artigo da Professora **Andrea Signorino**, “Reflexiones preliminares sobre el Covid-19 y su impacto en el contrato de seguros”. E ainda, na mesma pauta de atualidade, três matérias para uma oportuna reflexão: **Nathalia Menezes** analisa a emergência do “Covid-19 e o Contrato de Seguros D&O: os impactos possíveis”; **Gustavo Palheiro Mendes de Almeida** sobre “Covid-19 no Seguro de Lucros Cessantes”; e **Thiago Junqueira**, “Dilemas Contemporâneos: Seguros Privados e Cobertura de Pandemias”.

Atenção especial deve ser dada ao excelente artigo do Professor **Bruno Miragem**, sobre “Cláusulas de exclusão de execução de risco de pandemias e epidemias: Aspectos Conceituais”. **Ilan Goldberg**, na seção de Doutrina, assina as “Notas sobre corrupção, ordem pública, ato de gestão e contrato de seguro”.

Ainda nesta mesma seção, “O silêncio do segurador quanto à proposta de seguro: efeitos jurídicos” por **Leonardo Quintanilha de Oliveira**, e “Saúde: Ações Coletivas” pelos especialistas da Superintendência Jurídica da CNseg, **Heitor Oliveira** e **Daniela Tavares**, e o “Breve ensaio sobre momentos da abertura dos sinistros tangentes a aspectos específicos dos seguros de responsabilidade civil” por **Ricardo Bechara**.

Por fim, em “Legislação”, uma extremamente elucidativa “Análise de Impacto Regulatório e Falhas de Regulação”, por **Gustavo Binenbojm**, divide a seção com os comentários de **Gloria Faria**, sobre o “STF e a Competência Concorrente de Estados e Municípios em Questões de Saúde”. Fechando esta edição, **Ricardo Bechara**, trata de importante decisão para o setor securitário em “Comentário à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 828.040. Responsabilidade objetiva do empregador em atividade de risco. Reflexos no seguro de RC do Empregador.”

