

MAIO 2021

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

14

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2021

14



REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO DE 2021 - NÚMERO 14



© 2021. 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. 14. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2021.

364 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

Bem-vindos ao número 14 da Revista Jurídica de Seguros. Após sete anos de publicações semestrais ininterruptas, o Conselho Editorial entendeu que já era tempo de saber dos leitores o que pensam da Revista, especialmente sobre a qualidade do conteúdo e outras questões pertinentes.

Para atender a essa demanda de *feedback*, o Conselho organizou uma pesquisa de opinião bastante simples, dirigida a um público específico e qualificado de destinatários, qual seja, o de advogados que atuam nos departamentos jurídicos das empresas do setor.

Seguem-se as perguntas e a estatística das respostas obtidas:

VOCÊ RECEBE A REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS?	
SEMPRE	5
FREQUENTEMENTE	10
RARAMENTE	3
NUNCA	2

VOCÊ LÊ OU CONSULTA, EM TODO OU EM PARTE,
OS ARTIGOS CONSTANTES DA REVISTA?

SIM	8
ÀS VEZES	9
NUNCA	3

EM CASO DE CONSULTA, DE QUE
FORMA PREFERE FAZÊ-LA:

FÍSICA	7
DIGITAL	12

VOCÊ CONSIDERA A RJS UMA FERRAMENTA
ÚTIL PARA O SETOR DE SEGUROS?

SIM	15
EM PARTE	3
	0

EM TERMOS DE CONCEITO GERAL COMO
VOCÊ CLASSIFICARIA A REVISTA:

RUIM	0
REGULAR	2
BOA	7
MUITO BOA	7
EXCELENTE	4

Que sugestões você poderia dar para o aperfeiçoamento da Revista:

- 1) digital, podcasts em que você pode acessar e ouvir em qualquer lugar;
- 2) ampliar as publicações demandando uma participação ainda maior dos agentes que compõem o mercado;
- 3) aumentar os assuntos relacionados à previdência complementar;
- 4) que a Revista fosse circulada por meio digital, com envio do link por e-mail.

As sugestões acima, todas interessantes, serão sempre que possível e a seu tempo aproveitadas, como a que propõe a circulação da Revista por meio digital, com envio de link por e-mail. É certo que toda a coleção da RJS já está disponível digitalmente no portal da CNseg; mas o envio de link para um público determinado é uma medida eficiente e econômica a ser logo posta em prática.

Quanto às respostas à pesquisa, chegam os leitores às suas próprias conclusões. De nossa parte, elas deram conforto ao Conselho quanto à aceitação e ao conceito de que desfruta a RJS no âmbito do grupo consultado. Mais ainda, ensejaram um debate sobre a missão da Revista e o seu conteúdo, reflexões que vale a pena repercutir aqui neste espaço.

Ao fim e ao cabo, questiona-se qual seria afinal o objetivo da RJS, publicação que semestralmente traz, a um público-alvo definido, matérias de conteúdo jurídico sobre os segmentos de seguro, previdência complementar aberta, saúde suplementar e capitalização.

As discussões travadas no âmbito do Conselho conduziram à singela resposta de que a Revista é, e deveria continuar a ser, um ambiente aberto à participação de juristas consagrados e de advogados militantes, no qual são apresentados os temas de repercussão recente ou de interesse permanente, ainda que indireto, do setor. Adicionalmente, a Revista deve conter comentários à legislação recente e inovadora, bem como acórdãos dos Tribunais do País que signifiquem precedentes importantes a serem conhecidos.

Mas há, naturalmente, uma grande diferença entre uma miscelânea inteligente de assuntos e uma salada de textos insossos e irrelevantes.

O enquadramento em uma ou outra classificação dependerá, logicamente, da realidade de cada situação, ou melhor, de cada publicação. Para fazer essa verificação, tomemos o caso concreto deste número 14 da RJS.

Neste sentido, não há melhor exemplo de participação de juristas de peso que a de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, por ser este o órgão do Poder Judiciário onde são julgados, quase sempre como instância final, as demandas judiciais envolvendo matérias de relevante interesse do setor.

Pois bem, este volume traz nada menos que a palavra de cinco Ministros do STJ sobre temas cientes e atuais. É realmente da maior valia a leitura dos anais do III Seminário Jurídico de Seguros da CNseg, (realizado através do Canal da Revista Justiça & Cidadania, no Youtube, em Novembro de 2020), cujo registro figura logo como primeira seção da Revista. Lá está, com a informalidade e com as naturais ressalvas inerentes a esse tipo de registro, a transcrição das palestras dos Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino, Luis Felipe Salomão, Paulo Dias de Moura Ribeiro, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luiz Alberto Gurgel de Faria.

Também desfruta de merecida fama o jurista Luiz Rodrigues Wambier que assina o parecer sobre os limites de eficácia das sentenças proferidas em sede de Ações Civis Públicas. Uma verdadeira aula de direito processual, relevante especialmente para a saúde suplementar, vítima costumeira de decisões “populistas” concedidas nesse tipo de ação.

Exemplos também não faltam, nesta edição, de artigos da maior atualidade, como o interessante trabalho apresentado na seção Internacional, intitulado - *InsurTech e Smart Contracts*, Reflexões sobre o seu regime jurídico e impacto no Direito dos Seguros, de autores portugueses. Igualmente muito atuais, as considerações de Ricardo Bechara em face de decisão recentíssima e, por que não dizer, equivocadíssima, do Superior Tribunal do Trabalho que determina a aplicação da prescrição trabalhista aos contratos de seguro.

Na conjuntura presente do setor de seguros não existe tema que seja mais prioritário do que o combate às chamadas associações de proteção veicular. Para o bem dos consumidores e frustração dessas entidades, que atuam irregularmente como se seguradoras fossem, o Superior Tribunal de Justiça, em um precedente que constitui

verdadeiro leading case, fulminou como descabida a narrativa dessas associações. A repercussão dessa decisão é revelada pelos insistentes embargos com que a associação ré tenta de balde modificar o acórdão do STJ. O citado acórdão e as decisões sobre os embargos, aqui reproduzidos na íntegra, contam a história desse processo orientador para os demais tribunais do País.

É isso e muito mais o que contém o número 14 da Revista Jurídica de Seguros. A prova dos nove ora realizada no caso concreto deste volume confirma o cumprimento, mais uma vez, da missão de servir semestralmente aos leitores um saboroso “misto quente”.

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho

5

Palestras do III Seminário Jurídico de Seguros

Risco, mutualismo e segurança jurídica

João Otávio de Noronha

16

Evolução jurisprudencial no STJ sobre casos de invalidez e limites das coberturas
Paulo de Tarso Sanseverino

20

Saúde suplementar: o excesso de judicialização e a segurança jurídica
Luis Felipe Salomão

24

O rol de procedimentos da ANS e a Jurisprudência do STJ
Paulo Dias de Moura Ribeiro

31

Seguro habitacional: judicialização, competência e mediação
Ricardo Villas Bôas Cueva

36

Seguro Habitacional, apólice pública, ramo 66, FCVS e competência para julgar
Luiz Alberto Gurgel de Faria

38

Doutrina

ANS - Taxatividade do Rol de Procedimentos

Maria Stella Gregori

46

Análise sistêmica da saúde suplementar e a sua importância para o equilíbrio e a sustentabilidade das complexas e relevantes relações estabelecidas em seu entorno
Henrique Pires Arbaché

José Carlos Van Cleef de Almeida Santos

65

O direito de regresso das seguradoras em face das concessionárias de distribuição de energia elétrica nos seguros de danos elétricos
Nicole Sanábio Einsfeld

84

Índice

Opinião

A Revogação de Benefícios Fiscais como Instrumento de Injustiça Tributária e Social
Heitor Alves de Oliveira **130**

A validade do contrato de seguro de responsabilidade civil *claims made*
André Brandão Nery Costa **143**

O Impacto da Covid-19 no âmbito dos Contratos: reflexões pouco mais de
um ano de pandemia
Bruna Monteiro Bittencourt **180**

Seguro Ambiental: Aliado do Princípio do Poluidor-Pagador?
Fábio Garcia Barreto **198**

Parecer

Lei das ACPs
Luiz Rodrigues Wambier **210**

Internacional

InsurTech e Smart Contracts
Reflexões sobre o seu regime jurídico e impacto no Direito dos Seguros
Diogo Pereira Duarte
João Carlos de Gusmão **238**

Legislação

Um ano da Lei de Telemedicina
Gloria Faria **272**

REsp 1.616.359/RJ - Exercício Irregular - Caso AMPLA - Acórdãos STJ
Dra. Glauce Carvalhal **277**

Jurisprudência

Comentário à decisão do Tribunal Superior do Trabalho - TST no RR Nº 11440 –
33.2016.6. 09.0009 que manda aplicar a prescrição trabalhista ao contrato de seguro
Ricardo Bechara Santos **344**





PALESTRAS DO III SEMINÁRIO JURÍDICO DE SEGUROS

Nota Introdutória para a nova seção: III Seminário Jurídico de Seguros

“Nota de Esclarecimento”

Nesta seção da Revista Jurídica de Seguros, serão apresentadas, à guisa de anais do III Seminário Jurídico sobre Seguros, parte das palestras proferidas naquele exitoso evento. Na impossibilidade de reproduzir o conjunto das palestras, todas de elevado valor, foram selecionadas aquelas de autoria dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que ilustraram o Seminário.

Em se tratando de transcrição direta de apresentações feitas verbalmente, em linguagem corrente, ocorrem, naturalmente, imprecisões e falhas de reprodução, a serem atribuídas à própria Revista. Em que pese essa circunstância, pareceu ao Conselho Editorial da RJS que não se deveria privar aos leitores da RJS do conteúdo essencial dessas palestras, acerca de temas de grande importância para o setor, ministradas por eminentes membros do Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer sorte, para fins de registro, segue a programação integral do III Seminário Jurídico de Seguros, organizado pelo Instituto Justiça & Cidadania com o apoio da CNseg.

- Programação:

Incapacidades no seguro de vida na visão do STJ

Dia 4/11 (quarta-feira), às 11h, com:

* Ministro do STJ João Otávio de Noronha

* Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino

* Washington Luis Silva, Diretor Jurídico do Grupo Zurich

* Dr. Roberto Albuquerque, médico

Participação especial na abertura do Presidente da CNseg, Marcio Coriolano

Rol de Procedimentos da Saúde Suplementar

Dia 11/11 (quarta-feira), às 11h, com:

- * Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ
- * Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, do STJ
- * Gustavo Binenbojm, Professor da UERJ
- * Dr. Denizar Vianna, médico
- * Daniel Tostes, Procurador-Geral da Agência Nacional de Saúde Suplementar

O Impacto da Repercussão Geral do STF – REXT 827.996/PR – Tema 1.011 nas ações de Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação

Dia 18/11 (quarta-feira), às 10h30, com:

- * Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do STJ
- * Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria, do STJ
- * Igor Lourenço, Procurador Geral da Susep
- * Gustavo Fleichman, advogado”

Risco, mutualismo e segurança jurídica¹

João Otávio de Noronha²

É sempre muito oportuno falar e debater sobre segurança jurídica, matéria que, em relação aos contratos de seguros, passa primeiro pela observância de um princípio muito caro, um princípio fundamental a essa modalidade de negócio: o mutualismo. Verdadeira pedra de toque do contrato de seguro, se bem o definirmos, o mutualismo pode ser visto como a espinha dorsal da sustentabilidade e da solvência da atividade seguradora, ao promover a formação de um fundo comum de onde sairão os valores necessários para o pagamento das indenizações, quando se materializarem os efeitos econômicos dos riscos segurados.

Estamos falando de um tema que ainda é caro para a sociedade brasileira. E eu falo, tão caro, porque o Brasil tem uma quantidade de seguros ainda muito pequena em relação ao PIB, quando comparado a Europa, quando comparado sobretudo aos Estados Unidos. Nós podíamos ter muito mais contratos de seguros e, portanto, sermos uma sociedade muito mais amparada, se tivéssemos uma cultura mais avançada de seguros. E é exatamente por isso que é sempre tão importante falar sobre segurança jurídica, sobre o enfrentamento aos riscos, o que passa, em matéria de contratos de seguros, pela observância desse princípio do mutualismo.

Em contratos de seguros o risco é inerente. E, se há um fundo de onde saem os recursos para o pagamento de indenizações, todos os agentes envolvidos na relação do contrato de seguros têm o dever de

¹ Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² O Ministro João Otávio de Noronha, Membro do Superior Tribunal de Justiça desde 2002, foi Presidente dessa Corte entre 2018 e 2020. Professor de Direito Processual Civil em diversas universidades, é Diretor da Escola Judiciária Eleitoral.

proteger o mutualismo, o fundo. Todos têm que observar suas regras, todos têm que se preocupar com a administração desse fundo pois, em que pese os contratos de seguros serem individuais, eles se sustentam na existência da mutualidade. Ou seja, cada segurado contribui com um valor muito menor do que aquele que poderá receber como indenização ao longo do período de vigência do contrato. Desse modo, cada segurado pode e deve ser um defensor da mutualidade, porque sem ela, sem a observância das suas regras, sem a preservação do fundo, todos ficariam numa situação de vulnerabilidade perante os riscos, contra os quais se previnem e dos quais os segurados querem se proteger.

Mas aqui eu queria destacar dois pontos que me parecem importantes, duas situações que são amplamente negativas para a mutualidade: a primeira é a fraude; a segunda a utilização indevida. A fraude tem lugar quando a ocorrência do risco é provocada pelo segurado com o objetivo de receber uma indenização, que não é devida. Exemplificando, podemos citar os contratos de invalidez funcional permanente e de invalidez laborativa permanente total, já muito bem apresentados por todos que me antecederam. Nessas hipóteses, querer receber indenização por uma cobertura que não contratou é, ao fim e ao cabo, buscar a utilização indevida do fundo ou do capital. O remédio, a prevenção a tudo isso, é a estrita observância das regras jurídicas.

Quando se fala em mutualismo, existe algo que dele é indissociável: o cálculo atuarial, que se baseia exatamente nos riscos para definir o montante a ser pago pela sua cobertura. Pois quem paga por um tipo de contrato, quem contrata seguro para um determinado risco, tem que receber o valor, total ou parcial, correspondente, não pode receber por outro diferente, porque isso fere o mutualismo. Isso descapitaliza o fundo e gera pagamento indevido. E se isso acontecer em grande escala e frequência, o que vai acontecer, ao fim e ao cabo, é a insolvência do fundo que garante o pagamento das indenizações. Daí, a necessidade de se entender, em matéria de pagamento indevido, que a invalidez para o seguro privado, segue as regras do contrato, differentemente da caracterização da invalidez para seguridade social. Até porque, em algumas situações, a previdência social acolhe o fato como invalidez, e o seguro privado não o faz por não estar assim contratado.

De outro lado, o conceito de invalidez para a previdência social é flexível: a invalidez pode cessar. Para o contrato de seguro privado

não: uma vez que seja paga a indenização ela não é reversível. A aposentadoria por invalidez pode ser revertida; o prêmio pago, o seguro pela invalidez ou a indenização paga pela invalidez não é repetível. Por isso é muito importante, é fundamental, para se atingir o objeto maior, que é a segurança nas relações contratuais, que as cláusulas dos contratos de seguro devem sempre informar que a aposentadoria por invalidez – concedida pelas instituições oficiais da previdência social, assim como demais órgãos do poder público – não caracterizam, por si só, o estado de invalidez para os seguros privados, seja na cobertura da invalidez permanente total por doença, ou na cobertura da invalidez laboral permanente total por doença.

Seria possível dizer, então, que com isso o que se quer é prejudicar o consumidor, o segurado? Não. Essa delimitação é própria da natureza do contrato de seguro. Os riscos predeterminados, delimitados, são o que viabiliza a elaboração e a sustentabilidade dos cálculos atuariais. Não se pode deixar de ter em vista, desprezar que, na perspectiva da atividade de seguros, o fundamento mutualista é, e continuará sendo sempre, a espinha dorsal da sustentabilidade e da solvência. Por isso, não se pode indenizar qualquer risco, mas somente os riscos predeterminados, embora não se saiba de antemão quando eles vão se materializar ao longo do período de vigência do contrato, ou se ao menos se materializarão. Mas o que é importante é que eles sejam definidos, porque esses riscos, levando em conta a situação individual de cada participante, são fundamentais na determinação do cálculo atuarial que visa sobretudo preservar a solvência do fundo.

A verdade que não se pode desprezar é que a contratação do seguro de vida (coletivo), com todas as opções que se oferece – e é preciso entender isso na sociedade brasileira – consolida o sentido ético e colaborativo que deve pautar, nortear, sobretudo as relações de trabalho. Digo isso porque, a maioria dos seguros (de vida e de saúde) que nós temos, são instituídos e contratados por empresas para os seus funcionários. E, presentemente, no transcorrer desses tempos de pandemia, essas contratações vem diminuindo, vem sendo reduzidas, e mais que nunca é preciso que sejam retomadas. Porque é exatamente em momentos de crise que as coisas mais acontecem: a imunidade diminui, a saúde se abala, e acabam acontecendo os infortúnios.

E eu gostaria de finalizar afirmando que não há saída para o desenvolvimento, não há saída para o crescimento do país, se as regras

previamente estabelecidas não forem rigorosamente observadas. Isso deve pautar também o comportamento dos juízes. A jurisprudência não pode ser aquela equitativa. Seguro não é lugar de julgamento por equidade, isso não tem lugar, não deve ter julgamento por equidade. Como de regra tais contratos não dão esse espaço, eles precisam ser cumpridos tal qual foi o pactuado. E até porque, quando se fala em contratos de natureza coletiva, a solidariedade – aqui não se fala da solidariedade jurídica, mas a solidariedade no sentido de cooperação de todos os partícipes da relação contratual que criam o fundo – precisa ser preservada. O seguro precisa ter, portanto, suas regras precisamente observadas.

Daí a importância com que se fez a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, muito bem apresentada pelo Ministro Paulo Sanseverino, e destacando muito bem o voto do Ministro Ricardo Cueva, no REsp 1.449.513, em que apresentei um voto. Eu digo que, com aquele voto, não fiz nenhum melhoramento, nenhuma benfeitoria útil ou necessária, apenas voluptuária, porque o Ministro Cueva já havia dominado completamente o tema. Por isso eu reitero: é muito importante cumprir o que está pactuado, o que foi levado em conta para a definição do preço do prêmio, o que é levado em conta no cálculo atuarial, o que é levado em conta para a formação do fundo. Daí, não se poder, entre as duas modalidades, entre a invalidez funcional permanente ou a invalidez laborativa permanente total, pagar aquela cobertura que não foi realmente contratada e pela qual, portanto, o segurado não pagou (e não há valor previsto no fundo).

Acredito que, passada a crise, nós deveríamos voltar a crescer na contratação do seguro. O seguro como amenizador de risco, como transferência de risco, como produto transferidor de risco. Ele é fundamental, eu diria, como uma rede social para que as pessoas possam deixar suas famílias amparadas, em caso de perda de vida, ou que possam proteger seus bens, eliminando ou diminuindo esses riscos. Eu acredito que o seguro é algo que vai se incorporando de modo ampliado na cultura do povo brasileiro. Em síntese, era o que eu gostaria de falar sobre a relevância do seguro, a mutualidade no enfrentamento ao risco, e a segurança jurídica.

Evolução jurisprudencial no STJ sobre casos de invalidez e limites das coberturas¹

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino²

O tema do presente painel – a questão das incapacidades nos seguros de pessoas – é apresentado nesta análise sobre seus aspectos jurídicos relacionados à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e desdobra-se em duas partes. A primeira, trata da cláusula de cobertura de incapacidade nos contratos de seguros de pessoas; na segunda, é feita a interpretação jurisprudencial acerca da validade e eficácia dessa cláusula.

Cobertura de incapacidade nos seguros de pessoas: a lei e a regulação

O Código Civil regula os seguros de pessoas nos artigos 789 e seguintes, e confere uma ênfase muito especial ao seguro de vida individual, enquanto o seguro de vida em grupo é regulado basicamente pelo artigo 801 do mesmo Código. E é nesse contrato que aparecem, com maior frequência, as cláusulas a respeito das incapacidades que ensejam divergências e dúvidas na jurisprudência, a respeito de sua interpretação. Realmente, é muito comum a inclusão, no seguro de vida individual, e especialmente no seguro em grupo, de cláusula adicional de cobertura por invalidez permanente total por doença.

Em função de dificuldades de sua conceituação, havia muitas dúvidas sobre a matéria, e foram muitas as demandas judiciais, o que levou a SUSEP, em 2005, a editar a Resolução Normativa nº 302,

¹ Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² Paulo de Tarso Sanseverino é Ministro do STJ desde 2010, integrante da 3^a turma e presidente da 2^a sessão. Membro efetivo do Conselho da Justiça Federal. Mestre e Doutor em Direito Civil, presidente da comissão gestora de precedente, o Ministro também é mestre e Doutor em Direito Civil. Professor e autor de obras essenciais para o estudo do Direito Civil no Brasil.

em que é vedado o oferecimento genérico de cobertura de invalidez permanente por doença, IPD, por não haver clareza em torno do próprio conceito de invalidez. Assim, condicionou-se, por exemplo, o pagamento da indenização à perda da existência independente do segurado, impossibilitando o exercício de suas atividades autonômicas. Também havia muita dúvida sobre os conceitos de invalidez na previdência social que, por ser um seguro social, tem outras características, inclusive seguindo uma legislação previdenciária própria.

Assim, em 2005 foram criadas duas modalidades de cobertura para invalidez por doença, nos planos de seguros privados: a de invalidez laborativa permanente total por doença, na sigla ILPD e a de invalidez funcional permanente total por doença, ou IFDL. Na primeira (ILPD) a garantia do pagamento da indenização fica condicionada, como já se disse acima, à perda da existência independente do segurado, quando o seu quadro clínico inviabilizar, de forma irreversível, o pleno exercício de suas atividades laborais. Ou seja, o segurado não consegue mais trabalhar na sua atividade normal enquanto, na outra modalidade (IFDL), ele não consegue mais trabalhar em qualquer que seja a atividade.

Cobertura de incapacidade nos seguros de pessoas: a jurisprudência

Na jurisprudência, inúmeras demandas judiciais discutem a validade da cláusula de contrato de seguro, especialmente seguro de vida em grupo, estipuladora de uma cobertura adicional por invalidez permanente total (IFDL), não incluindo a invalidez profissional ou laboral (ILPD). O principal precedente a respeito da matéria foi da relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva perante a 3^a turma, e foi o recurso especial 1.449.513 de São Paulo.

Nesse caso, apenas para ilustrar, o segurado era mecânico e portador de uma patologia na coluna lombar, hérnia de disco, sendo submetido a uma cirurgia denominada artrodese, e que ensejou uma incapacidade total e permanente para a sua profissão, e ele foi aposentado pela previdência social. Entretanto, como não estava impossibilitado de realização de outras atividades laborais leves, sua demanda para o recebimento da indenização securitária, após a realização de perícia judicial, foi julgada improcedente em primeiro e em segundo graus em São Paulo.

Houve o recurso especial para o STJ, e aí o voto do Ministro Ricardo Cueva foi no sentido da manutenção da decisão do Tribunal de São Paulo. Nesse acórdão, nessa decisão, há um voto-vista primoroso, do Ministro João Otávio de Noronha, analisando minuciosamente a questão e concordando com as conclusões do relator. A ementa é autoexplicativa, e vale a pena ser conferida. Também vale destacar sua parte final, em que o Ministro Cueva explicitou o seguinte:

embora a cobertura por invalidez funcional seja mais restritiva que a invalidez profissional laboral, não há falar em sua abusividade ou ilegalidade, tampouco em ofensas aos princípios da boa fé e da equidade, não se constatando também nenhuma vantagem exagerada da seguradora em detrimento do consumidor. De qualquer modo a seguradora deve esclarecer previamente o consumidor e o estipulante, no caso do seguro em grupo, sobre os produtos que oferecem e existem no mercado, prestando informações claras a respeito do tipo de cobertura contratada, e as suas consequências, de modo a não induzi-los em erro.

Então é muito clara a ementa do acórdão a respeito da distinção das duas modalidades de cláusulas de cobertura por invalidez. Esse precedente tem sido seguido pela jurisprudência das duas turmas da sessão de direito privado. Como os processos acerca dessa questão continuam chegando em grande número ao STJ, como foi identificado pelo Núcleo de Gestão de Precedentes (NUGEP), que eu presido, ficou caracterizada uma demanda repetitiva. Constatou-se em uma rápida pesquisa sobre o tema, a existência em torno de 234 decisões monocráticas proferidas por ministros da terceira e da quarta turma, envolvendo controvérsia idêntica, e basicamente seguindo esse item a que eu fiz referência, além de 117 recursos especiais e agravos em recursos especiais, em andamento no STJ.

Por isso, e aí como presidente da Comissão Gestora de Precedentes e do próprio NUGEP, sugeri a afetação desse tema como recurso especial repetitivo para a consolidação da jurisprudência do Tribunal. Escolhemos, então, um recurso representativo de controvérsias, e acabamos distribuindo, por prevenção, ao Ministro Cueva que, recentemente, no dia 6 de outubro deste ano, acabou afetando o tema como recurso representativo de controvérsias, utilizando o plenário virtual da 2ª sessão do STJ. É o tema de nº 1068, que ainda não foi julgado, e vai sê-lo em breve. E a delimitação da controvérsia é no sentido de definir a legalidade da cláusula que prevê a cobertura

adicional de invalidez funcional permanente por doença em contrato de seguro de vida em grupo, condicionando o pagamento da indenização securitária à perda da existência independente do segurado.

A eficácia dessa cláusula, que é limitativa de cobertura securitária, naturalmente deve ser destacada com clareza no contrato, seja no seguro de vida individual, seja no seguro de vida em grupo, atendendo-se aos ditames do CDC, da boa-fé, da confiança, da equidade, e prestando-se informações claras a respeito da modalidade de cobertura pactuada pelos seus efeitos. E aí nova discussão que começou a se desenvolver, é se esse dever de informação do conteúdo da cláusula limitativa é da seguradora ou do estipulante, especialmente nesse último caso, no seguro de vida em grupo. E também, a respeito do ônus da prova da prestação de informações ao segurado, seja no contrato de seguro de vida individual, e principalmente no contrato de seguro de vida em grupo. Essa é uma nova discussão que já está se constatando dentro do STJ.

Finalmente, também se firmou a orientação da insuficiência do laudo previdenciário oficial para demonstração dessa incapacidade, pois os pressupostos são diferentes. E nesse caso temos apenas uma presunção relativa e a exigência de uma complementação no processo de uma perícia oficial, para o preenchimento dos requisitos daquela modalidade de incapacidade, que é objeto do seguro. Então, com isso, denota-se uma preocupação da jurisprudência do STJ com a matéria, com uma tendência de consolidação mediante o julgamento de um recurso especial repetitivo afetado à 2^a sessão, definindo-se as principais questões acerca da validade e eficácia da cláusula de cobertura acional por invalidez funcional total e permanente, frequentemente inserida nos contratos de seguro de vida individual ou em grupo. Isso decorre da preocupação do STJ com o princípio da segurança jurídica, traduzido simplesmente na palavra previsibilidade, e que é fundamental na dinâmica das relações contratuais de massa em nossa sociedade contemporânea.

Saúde suplementar: o excesso de judicialização e a segurança jurídica¹

Luis Felipe Salomão²

Muito se falou, aqui, sobre segurança jurídica, e a judicialização quase que alucinada, no setor de saúde, tema da mais alta relevância para todos nós, operadores do Direito. Pois o pior que pode acontecer para o jurisdicionado, em um país como o nosso, é não ter segurança jurídica, sobretudo de um tribunal que é o encarregado da última interpretação da lei federal.

Em conversa com o advogado de uma empresa grande transnacional, que atua no setor de saúde no mundo inteiro, soube que essa havia comprado a participação de uma operadora nacional, e aqui passou a viver momentos muito ruins: teve 90% de sua atuação judicializada, o que acarretou uma modificação dos seus custos e a levou a sair do país. Motivo? O entendimento e prática de uma ideia que decorre de uma leitura às vezes equivocada da Constituição, a respeito do papel da saúde suplementar, cuja operação não é voluntária nem assistencialista, e que necessita e continua a buscar um ponto de equilíbrio. Ponto este que ainda tem que ser encontrado.

É preciso pesquisar e estudar a questão. Mostrar, por exemplo, que de onde se tira um determinado benefício, alguém vai pagar por

¹ Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² Luis Felipe Salomão é Ministro do STJ, Corregedor Geral do TSE. Professor da EMERJ e da escola de Magistratura. Autor de diversos artigos e livros, e palestrante no Brasil e no exterior. Foi relator de um processo que envolveu a participação de órgãos governamentais, conselhos profissionais, agência reguladora e as entidades representativas dos consumidores e das operadoras, que culminou em precedente qualificado sobre limites da cobertura da saúde suplementar sob uma ótica técnico-regulatória.

ele. Examinar a questão da boa-fé contratual, objetiva, a gestão, o custo da gestão para o serviço médico. Examinar a contraprestação – que é o pagamento da mensalidade –, a pulverização dos riscos em decorrência do mutualismo. Ora, se se quebra um desses princípios, é evidente que quando um dos participantes quiser recorrer ao tratamento que precisar não vai conseguir. Então é preciso desmistificar e entender a questão do equilíbrio, o que não é muito da característica do brasileiro, esse entendimento.

O que eu fiz nessa brevíssima introdução, foi tão somente lembrar o que é muito bem delineado em outros países onde se tem saúde suplementar, como é o caso do norte-americano. Sobre isso, tenho visto uma indagação e uma explicação muito interessantes: como é que os Estados Unidos não têm um SUS, como é que não têm serviço de saúde pública à altura do nosso? E a resposta é igualmente simples: o americano fez a opção de não pagar pelo serviço de saúde. Ele não quer que se tire do imposto o pagamento do serviço de saúde. É uma ideia daquele que diz o seguinte: quem tem condição paga pela saúde, quem não tem não paga.

Pode não ter sido a nossa ideia de assistência à saúde, pode não ser a daqueles outros países que seguiram uma tradição de estado do bem-estar social. Mas foi a opção norte-americana. E agora eles têm o mínimo do mínimo, que é o “Obama Care”, e mesmo assim, contestado judicialmente. Qual que é o certo, qual que é o errado? É difícil dizer. Mas o que nós temos aqui é um meio termo, em que a saúde suplementar ocupa um espaço, e um espaço que é importante no processo.

Então é preciso pensar se essa equação pode comportar outras formas de visão desse problema; se essa pulverização dos riscos, em decorrência do mutualismo, comporta uma elasticidade nessa interpretação; se essa judicialização é benéfica ou é perigosa para o consumidor. Porque, no final das contas, é disso que estamos falando: na hora que for preciso, a judicialização vai contar justamente com o sistema de mutualismo. O que eu respeito muito. Mas consigo enxergar a floresta inteira e não uma arvore só, coisa que eu fazia quando era um juiz de primeiro grau. Agora eu tenho que enxergar a floresta toda porque senão vai faltar a cobertura.

Voltando à questão inicial, a atividade médica, pois tudo que aqui se fala – coberturas, planos e seguro de saúde, toda essa atividade regulatória – tudo isso tem como fundamento a atividade desse

profissional. É do médico que nós estamos falando, e dos tratamentos possíveis na área da saúde. E quero começar com uma figura muito interessante, tal como o médico é retratado. Aquela figura do homem, com barba, um homem já com mais idade, uma túnica onde deixa o ombro direito desnudo e com um cajado na mão e uma serpente enrolada. É assim a representação histórica do profissional da medicina. Representado por um deus greco-romano, Esculápio, que é como muitas vezes na rotina nós tratamos o profissional da área médica.

Esculápio (Roma), ou Asclépio (Grécia), é também toda uma representação que vem da Grécia antiga, repleta de simbologia. O homem com barba representa alguém com maturidade para fazer os procedimentos. A túnica e o ombro direito descoberto dão a ideia de simplicidade. O cajado é a representação da segurança quando se faz a intervenção cirúrgica. E a serpente enrolada no cajado, também se sabe, na Grécia a serpente com o seu veneno manipulado era para simbolizar a cura. E mais: a própria figura do Esculápio, que é filho de Apolo com uma mortal, a Coronis, também ela carregada de simbologia, porque o Esculápio é retirado do ventre da mãe, ainda com vida, e ele se salva enquanto a mãe morre no parto. O que significa a vitória da vida sobre a morte. E por fim, a serpente, que troca de escama a todo momento, o que também representa a renovação da medicina de acordo com o estado atual da arte. Um somatório de símbolos de uma sabedoria incrível.

Voltando àquele ponto inicial dos fatores randômicos da ciência médica, o que já foi aqui abordado, onde a álea e o perigo são inerentes a essa atividade. Uma das últimas questões que eu encontrei aqui foi julgada na quarta turma, sobre esse rol de procedimentos ser taxativo ou não. Ouvimos inúmeros profissionais em torno desse assunto, agência governamental (ANS), profissionais da área médica, da área de saúde, e uma dessas expressões mais interessantes eu ouvi é que na medicina não há doenças, o que há são doentes. Porque cada indivíduo reage de um jeito diferente situação. Então, é claro que nós temos que ter isso muito presente, no meu modo de ver, respeitosamente a quem pensa diferente, quando vamos julgar determinadas situações que envolvem a área de saúde. E, também, considerar como um tripé desses fundamentos, a atividade do médico, os fatores randômicos e o estágio atual da ciência, aí entendido como a medicina baseada em evidência, tantas vezes falado aqui e que é um ponto muito relevante.

Como estamos numa pandemia, o primeiro fator a se considerar, a grande discussão, é em torno da vacina, questão que se cruza com

outro ponto muito relevante que é a propriedade industrial, que mexe com interesse financeiro no mundo inteiro. Nesse ponto, claro que nós temos que analisar os aspectos jurídicos da questão da propriedade industrial da vacina, e isso deságua no judiciário. Um desses aspectos, o licenciamento voluntário ou o compulsório, a questão da propriedade industrial da vacina.

Muito já se escreveu e já se falou sobre o assunto. O Brasil é signatário de inúmeras regras em caso de licenciamento compulsório, e o que se chama de quebra de patente, que são as licenças compulsórias globais. Matéria relevante, que o Direito examina, sob o ângulo da questão da saúde, quando se tem um medicamento com um impacto como esse. Acho que supera a própria questão da regulação interna, e temos que olhar isso por um ângulo muito mais ampliado, que é a questão da propriedade industrial e a questão de como o mundo está vendendo as vacinas.

Também me preocupa a questão do impacto da pandemia na equação dos planos de saúde. Sabemos que, por um lado, as cirurgias eletivas ficaram quase que adormecidas nesse período; mas, evidentemente, também tem muita gente que deixa de pagar sua prestação de plano ou de seguro. Isso tem que ser considerado e analisado, o que demandaria tempo, do ponto de vista econômico como que isso impactou a formulação e a situação atual dos planos de saúde. É preciso refletir sobre essa matéria. Igualmente preocupa, a questão que envolve o fornecimento de medicamento pelo SUS.

Alguns aqui já abordaram esse tema, que não tem propriamente a ver com o rol de procedimentos, a não ser indiretamente. Entretanto, o fornecimento de medicamento pelo SUS é objeto de muito debate no âmbito da primeira sessão do STJ. Por exemplo, no julgamento do recurso especial 1657156/RJ, que trouxe algumas inovações para esse tema, em que, pela primeira vez, acrescentou-se o requisito da necessidade econômica do paciente para a obtenção do medicamento que postulava. Depois, no âmbito dos embargos de declaração, isso acabou sendo um pouco flexibilizado, não deixa de ser um elemento de complicação para o exame dessa matéria, justamente pelo grau de judicialização que envolve os três entes federativos nesse processo de fornecimento de medicamento. Um outro viés que acabou não sendo aqui abordado, mas que considero que é interessante tratarmos quando falamos do rol, são os tratamentos experimentais.

Houve um caso na quarta turma, do recurso especial 1279241/SP, onde se discutiu sobre um câncer metastático, em que se combinou um tratamento por radioterapia e quimioterapia. Discutia-se se era um tratamento experimental que pudesse dar fim a essa doença. E ali, naquele caso, foi admitida a cobertura, por maioria é verdade, mas baseado muito no caso concreto e no parecer médico. Então é muito interessante que se tenha esse precedente, que admitiu tratamento experimental, e que ele tenha sido com base no laudo médico. Então isso é muito relevante para a conclusão que eu pretendo apresentar no final.

Teve também um caso bastante debatido, sobre o tratamento Revlimid, do medicamento Revlimid, mas que, com o tempo, passou a ser registrado na ANVISA. E aí a discussão do período passado é uma discussão que ainda existe no âmbito do STJ, e não foi resolvido naquele repetitivo cuja relatoria coube ao Ministro Paulo Moura Ribeiro. Em outro caso, também na quarta turma, a questão foi sobre aquele tratamento com balanço, tratamento lúdico para crianças excepcionais, para se saber se eles poderiam, ainda que experimentalmente, ser cobertos pelo plano de saúde. A turma negou o tratamento, e o caso ainda se encontra em grau de recurso.

Abordando, agora, especificamente o recurso especial 173303/PR, que é o caso que foi mencionado aqui como paradigma da quarta turma, que examinou o rol de procedimentos em saúde, no caso obedecendo o rol da ANS como taxativo. Esse recurso encontra-se hoje em sede de Embargos de Divergência - EREsp e, como é sabido, sua relatoria cabe ao Ministro Marco Bellizze, e tramita na segunda sessão. A própria terceira turma, como Ministro Paulo Moura Ribeiro mencionou, tem votos divergentes nesse tema, inclusive em sede de monocráticos. Recentemente a ministra Nancy Andrighi obteve da própria turma a afetação para a segunda sessão de um caso exatamente idêntico.

Assim, tem-se um EREsp para julgar na segunda sessão e um recurso afetado para julgar na segunda sessão, provenientes da terceira turma. Esse é o estado, hoje, do ponto de vista do STJ, em que se analisa o rol de procedimentos da ANS. No caso que nós julgamos, era bem conhecida a tese, porque naquele caso foi um procedimento cirúrgico chamado de vertebroplastia, existindo, no procedimento da ANS, constante do rol da ANS, uma situação bastante assemelhada com eficácia e acurácia mais recomendadas que aquele previsto no rol da ANS. Portanto, sobre o que se discutia ali, se haveria cobertura

do plano ou não, de acordo com a ciência atual, o estágio atual da ciência, o procedimento mais recomendado era aquele previsto no rol em que tinha cobertura. Então em nada se justificaria, a meu ver, com o devido respeito, que se optasse pela outra indicação, porque o que estava ali resloveria superiormente o problema.

Nós então examinamos, também naquele debate muito aprofundado que fizemos da matéria, como foi dito aqui, ouvimos *amicus curiae*, ouvimos *expert* na matéria, examinamos pelo ângulo também da análise econômica do Direito, fizemos um aprofundado estudo sobre essa questão: se o médico assistente do beneficiário deveria ser do plano de saúde ou não, ou se ele, mesmo sendo fora do plano de saúde, poderia recomendar tratamentos alternativos, nós examinamos isso nesses precedentes. E igualmente examinamos se a recusa ao fornecimento de um tratamento excluído do rol de procedimentos da ANS caracterizava ou não exercício regular do direito, de modo a afastar a indenização por dano moral. Então nós temos aí o EREsp 1733013/PR, para ser julgado na sessão, oriundo dessa decisão da quarta turma, em que se analisa a questão do mutualismo, da boa-fé objetiva, da pulverização dos riscos como o mutualismo, da contrapartida da mensalidade. Tudo isso foi analisado, E temos a questão afetada pela terceira turma, que é o REsp 1867027.

Há também no pano de fundo, e para concluir, uma discussão muito intensa quanto ao princípio da deferência, segundo o qual, em se tratando de regras das agências reguladoras, é preciso observá-las, ou deixa de haver razão para a própria existência dessas instituições, e desde que obedecidos alguns princípios como o da razoabilidade, o da lógica. E aqui eu vou abrir um parêntesis para discordar um pouco dos que me precederam nessa linha de prestígio ao princípio da deferência. Não me parece razoável que se demore tanto, dois anos, para apreciar um procedimento para atualizar o rol da ANS. A despeito da segurança que se precisa ter, a despeito da segurança científica, da segurança técnica, da segurança jurídica, no mundo de hoje dois anos é uma eternidade. Sobretudo para quem está se tratando de uma doença terminal.

Por tudo isso, não me parece razoável, por exemplo agora, que a ANS tenha demorado tanto, com todo o respeito, para incluir o teste da Covid no rol de procedimentos cobertos. Ora, nós estamos numa pandemia. A burocracia não pode superar a necessidade, se não vai cair no descrédito. Então, é preciso sim, concordo absolutamente

com a ideia do prestígio ao princípio da deferência, do prestígio à ideia de que o estado atual da ciência – e a ciência baseada em evidência – é a que deve prevalecer nos exames que fazemos, nos cortes das questões que vão ao judiciário. Mas é preciso que as agências também cumpram adequadamente com o seu papel.

Em pesquisa recente sobre a atuação da magistratura, feita com a participação dos professores Luiz Werneck Vianna e outros da sua equipe, mais de 4000 juízes foram ouvidos. O que é um corte muito relevante. Indagados sobre as causas da judicialização exacerbada no campo do judiciário, uma das respostas mais efetivas foi a da ineficiência das agências reguladoras. Juntamente com outros dois quesitos, essa foi a resposta apresentada por 80% dos juízes. É a percepção que temos. Se as agências funcionassem mais adequadamente, não estaríamos nesse grau de judicialização.

Estou falando aqui abertamente, franco, de maneira transparente, porque estamos num debate acadêmico, não há nenhum interesse, não há nenhuma conotação de se ferir susceptibilidades de quem quer que seja. Assim fazemos, em caráter absolutamente técnico, analisando com a visão de cada um, claro, quais são as causas para esse problema. E, em meu modo de entender, é preciso que haja um meio termo. Se nós queremos prestigiar o princípio da deferência, se nós queremos que o judiciário obedeça a essa regra da ciência da solução baseada em evidências, da medicina baseada em evidências, se nós estamos prestigiando com os NAT tanto a parte técnica, é preciso a contrapartida.

Não acho razoável o tempo de demora para se alterar o rol. Não acho que nós tenhamos á 47 milhões de usuários que hoje dependem desse sistema. O que temos, fiz uma pesquisa, e pode ser até que eu esteja errado, são 70 propostas de incorporação de novas tecnologias, que podem ter que aguardar até dois anos para serem examinadas. Não faz sentido. Então, acho que é preciso encontrar um meio termo. Continuo achando assim – como escrevi no voto que acabou prevalecendo no tema que hoje é objeto de um EREsp – que o rol é taxativo, e isso tem que ser prestigiado no âmbito da ANS, tanto quanto é preciso encontrar mecanismos de eficiência na atualização desse rol de procedimento sem comprometer a equação do contrato. Sem comprometer, claro, o equilíbrio nessas relações que devem presidir porque senão, como eu volto a enfatizar em modo de princípio, se der para um acaba comprometendo o todo.

O rol de procedimentos da ANS e a Jurisprudência do STJ¹

Paulo Dias de Moura Ribeiro²

O panorama da jurisprudência da terceira turma do STJ acerca do entendimento do rol de procedimentos da ANS, e principalmente seu posicionamento acerca desse tema, não é tão pacífico assim. E apesar de tanto esforço, tanto trabalho, tanta pesquisa, tudo em prol evidentemente da dignidade humana, quando se busca uma certeza, uma segurança na aplicação dos medicamentos, dos fármacos, a gente vê que as coisas nem sempre saem como a gente pensa. Os estudos e atualizações que são feitos têm um maior assentamento no artigo 1º, inciso 3º da nossa Constituição Federal, em que se objetiva a atenção à dignidade humana mas, na verdade, nos deparamos com episódios que nos deixam em situações tormentosas. Não só tormentosas, mas também dolorosas.

Lembro um caso que veio lá do Rio Grande do Sul, sobre um medicamento chamado “Sifrol”, uma ação de indenização por dano moral relacionada à prescrição que foi feita desse medicamento a uma paciente que necessitava tomá-lo e que, entretanto, levou essa senhora, uma advogada, a se dedicar ao jogo de azar, acabando ela por perder todo seu patrimônio, do tanto que jogava. Complicado imaginar que, com todos os testes feitos para que um medicamento seja colocado à disposição dos pacientes, para um tratamento seguro,

¹ Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² Paulo Dias de Moura Ribeiro é Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Mestre, doutor e pós-doutor, é uma das grandes autoridades de Direito Civil do Brasil. Coordenador científico do curso de Direito da Universidade Santo Amaro, professor de pós-graduação na Faculdade de São Bernardo do Campo, e de graduação em Direito no Centro Universitário do Distrito Federal.

eficaz, tal como se procura, ele ainda, evidentemente, tenha um risco que é inerente a todo medicamento.

O dever de informar é obrigação do fabricante. O dever e todos os testes decorrentes feitos para que o medicamento seja colocado à disposição população. Mas, apesar de toda a aprovação pela qual passou o medicamento, ainda há o risco. E isso foi violado, na medida em que, entendeu a Turma, houve um defeito no produto, um risco de desenvolvimento, defeito na sua concepção, um fortuito que pode ser debitado não só ao fabricante, mas também àquele que examinou esse produto. No caso, a demanda foi apenas e tão somente deduzida contra o laboratório. E nós fixamos o dano moral, sim, porque ficou entendido, sem dúvida alguma, que este medicamento foi suficiente para dar esta guinada na vida desta senhora, que tinha uma vida financeira estabilizada.

Então veio esse recurso para a Terceira Turma, e o maior objetivo dele era saber da responsabilidade do laboratório, e da eventual culpa concorrente da paciente, que aceitou o remédio que lhe foi ministrado. Por unanimidade, foi decidido que o risco inerente ao medicamento impõe ao fabricante, sim, o dever de informar. Dever de informar, qualificado, previsto no Código Defesa do Consumidor (CDC), no seu artigo 9º. E essa violação traz sanção, traz imputação de pena. Também está prevista lá no artigo 12 do CDC a hipótese concreta de defeito do produto, aquele que não segue, não traz aquela confiança inerente e esperada por todos aqueles que são os consumidores.

É claro, e é verdade, se admite, que o uso de um medicamento possa causar efeitos colaterais ou reações adversas, por si só, sem dúvida alguma, e não se há de configurar um defeito do produto se o usuário, o consumidor, sabia previamente desse defeito, e tenha sido advertido da possibilidade desse outro viés do medicamento, que não só cura como também perturba. E neste caso específico, entendeu a Turma que isso daí deveria ser objeto de indenização porque não houve a informação devida à paciente.

Na fala de todos os meus antecessores, ficou muito claro que essa preocupação relativa ao prévio conhecimento. Mas, nessa hipótese, em que havia o desconhecimento quanto à possibilidade de desenvolvimento outro, patológico, como reação adversa ao uso do medicamento, a paciente teve a sua saúde social devidamente comprometida. E se impôs a indenização, até indenização não só material, mas também por dano moral.

São situações absolutamente curiosas. Por mais que tenham sido feitos todos os testes possíveis, deparar-se com uma situação como essa. E é claro, louvável, todo o trabalho que é feito, a seriedade é indiscutível. Mas veja que, num caso como esse, tem-se um efeito colateral não informado, que levou à prodigalidade dessa senhora na jogatina. Então é um caso não só tormentoso, em julgamento em razão de toda a técnica que se está vendo ser imprimida para permitir a circulação do medicamento, de um fármaco, mas também é um caso extremamente doloroso pelo qual passou uma família. E, evidentemente, não podíamos deixar que ele assim prosseguisse.

Outros casos chamam a atenção e batem à porta do STJ. Um desses diz respeito as ações ajuizadas em grande quantidade na justiça de São Paulo que obrigavam as operadoras a entregar medicamento que não estava registrado pela Anvisa: e nesse caso, sob pena de prisão. Situação extremamente delicada, pois não havia sequer tempo para a operadora se socorrer no judiciário, porque assinavam o prazo de 24 horas, sob pena de prisão do responsável. As demandas desse tipo eram aos borbotões. Pode-se até imaginar: como é possível tantas demandas tendo como causa um medicamento que não está registrado na Anvisa?

Em casos tais, há uma equipe pronta para ajudar o Judiciário na análise da indicação de medicamentos, o que é extremamente louvável porque o juiz não pode saber de tudo. Mas veja-se, esse caso chama muito a atenção porque foi algo repassado ao Judiciário, essa competência para de uma certa forma legislar a respeito de determinados temas nos repetitivos. Nós tivemos lá na sessão esse caso que foi solucionado de forma relativamente rápida. Isso foi feito depois que se fixou essa tese, de que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado na Anvisa. E quase que um ano depois, ainda tivemos que decidir os embargos de declaração que sobrevieram.

Só para chamar a atenção, e eu tenho uma frase muito interessante do Ministro Villas Bôas Cueva a esse respeito: nós importamos esse sistema dos repetitivos, e precisamos ver se isso realmente tem uma grande aplicação, se tem a eficácia que se pretende aqui, em virtude da demora. Porque o legislador baixa a lei, e não tem embargo de declaração para a lei que ele fez. Nós tentamos apresentar, porque temos essa competência, e ainda sobrevêm os embargos de declaração, o que demora quase um ano para depois resolver essa

situação. Mas veja, pelo menos nesse caso, o STJ teve a possibilidade de se manifestar pela não obrigatoriedade do fornecimento do medicamento não registrado na Anvisa, que é evidentemente a agência reguladora do tema.

Outro tema é o medicamento *off label*, o uso fora das indicações da bula, e do rol da ANS. Nós lá na terceira turma, pelo menos neste caso que trago a colação – o Resp. 1769557, do Ceará – entendemos que, na verdade, esse rol de procedimentos é meramente exemplificativo. Mas a matéria não é pacífica. Deixou-se bem destacado que seria o ideal que pudéssemos trabalhar num trilho absolutamente seguro, porém isso iria engessar o judiciário.

Há situações tormentosas, situações dolorosas, que precisam e devem ser analisadas. Entendemos então, neste caso, específico, que aqui o rol não seria taxativo, seria um rol exemplificativo. Deixamos assentado que a ANS ditou Resolução, vigente ao tempo desta demanda, disciplinando o que consiste em tratamento experimental, aquele que não possui as indicações descritas na bula ou no manual registrado lá na Anvisa.

Na Terceira Turma tem-se isso absolutamente pacificado, não há dúvida para nós, mas seguimos a tese, de que o profissional médico é quem tem que decidir na situação concreta, na enfermidade do paciente, se o medicamento é ou não é adequado àquela situação fática. A ingerência da operadora, chegamos também a essa conclusão, além de não ter fundamento na lei de regência, a Lei nº 9656/98, consiste em ação abusiva na relação contratual, e coloca concretamente em desvantagem exagerada o consumidor. O rol de procedimentos da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde.

Um outro caso em que fui relator e fiquei vencido, era o de um casal infértil, em que a mulher padecia de endometriose, que é moléstia, tem CID, é classificada como doença. E se é classificada como doença, o plano de saúde não pode rejeitar tratamento, exatamente nos termos do que decidimos lá na quinta turma naquele recurso especial a que fiz referência. E entendi então que nesta situação específica, dolorosa, cabia sim o tratamento que é *in vitro*. Não é inseminação artificial, inseminação artificial não é. O gênero é a reprodução assistida, a espécie é a inseminação artificial ou a reprodução *in vitro*, e isso precisava ser diferenciado.

Nesse aspecto, a regulação da ANS desborda, com todo respeito, do que diz a lei. A lei de regência fala que está afastada da cobertura a inseminação artificial, e ela tem uma vírgula e põe “e outros métodos reprodutivos”. A lei não fala isso, a lei fala meramente em inseminação artificial. Então, em meu entendimento, e fui acompanhado pelo Ministro Sanseverino, esse tema também não é pacífico. Mais dia menos dia, vai ser levado à sessão para ser decidido. E tenho para mim que a regulação da ANS, ao inserir “e outros procedimentos”, desbordou da legalidade.

Seguro habitacional: judicialização, competência e mediação¹

Ricardo Villas Bôas Cueva²

O Seguro Habitacional, tema dos mais espinhosos por sua complexidade, carrega consigo todo um histórico de desafios e dificuldades como, por exemplo, a questão do funcionamento da apólice pública, o ramo 66, a responsabilidade do FCVS, o papel das seguradoras e a própria natureza desse seguro. No STJ, registram-se centenas de recursos, muitos incidentes processuais, recursos repetitivos, aos quais se seguiram vários embargos de declaração, e três conflitos de competência entre as Seções de Direito Público e Privado, notadamente após a Lei nº 13.000/2014.

Nos inúmeros julgados do STJ, a maior dificuldade vinha sendo a definição da competência para julgar, nas instâncias ordinárias, as ações que têm por objeto o seguro habitacional, o que também gerava dúvida quanto à competência interna do tribunal para julgar os recursos especiais correspondentes. Apesar de não se tratar de matéria de alta indagação jurídica, até a recente decisão do STF no tema 1.011 da repercussão geral, persistia controvérsia acerca da competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal e, consequentemente, da Primeira ou da Segunda Seção do STJ.

Ao longo dessa controvérsia, os gabinetes do STJ, tanto na Seção de Direito Público como na Seção de Direito Privado, passaram a acumular grandes acervos de recursos relacionados ao Seguro Habitacional, o que

¹ Texto transcrito de palestra proferida pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² Ricardo Villas Bôas Cueva é Ministro do STJ desde 2011. Mestre, pela Universidade Harvard, e Doutor pela Universidade de Frankfurt, foi Procurador do Estado de São Paulo, Procurador da Fazenda Nacional e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

levou a decisões conflitantes, seja para baixar os processos à origem, seja para suspender o julgamento até a decisão dos conflitos de competência na Corte Especial do STJ e, após o reconhecimento da repercussão geral, até a decisão do STF. Finalmente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 827.996, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF, apreciando o tema 1.011 da repercussão geral, estabeleceu critérios claros e um marco temporal preciso para delimitar afinal de quem é a competência na judicialização da matéria.

Não obstante a longa indefinição quanto a matéria tão fundamental quanto a competência possa ter agravado, para todas as partes, a judicialização do seguro habitacional, talvez caiba destacar um único aspecto positivo. No âmbito de um dos conflitos de competência pendentes de julgamento na Corte Especial do STJ, começaram a ser desenvolvidos esforços de mediação. As notícias que se tem desse processo são alentadoras, o que representa um avanço, quando se considera que, no início, era difícil até imaginar a hipótese de a mediação ser um instrumento efetivo e útil, num caso tão complexo, envolvendo tantos atores, tantas assimetrias informacionais e econômicas e tantas incertezas jurídicas.

Mas, graças ao talento dos mediadores e à boa vontade das partes, ao longo de mais de 18 meses de intensas negociações pelo Brasil afora, a matéria ganhou relevo, e veio a se tornar, certamente, um estudo de caso para o futuro, sobre como liderar mediação tão difícil. No presente, quando cerca de 50 mil ações tramitam em vários Estados, com notória discrepância entre os julgados da Justiça Federal e da Justiça Estadual, reclama-se algum tipo de coordenação que assegure tratamento uniforme e isonômico. Além disso, convém não esquecer que o tema entrelaça políticas públicas e sociais, com grande impacto nas contas públicas, aspecto particularmente relevante no contexto da severa crise financeira agravada pela pandemia.

É importante que esforços de coordenação, como esses, que começaram com a mediação, prossigam agora ancorados nos firmes critérios delineados pela decisão no STF no tema 1.011. Definidas as competências e as regras de direito intertemporal aplicáveis, será possível julgar as demandas com celeridade, especialmente se levarmos em consideração os modernos instrumentos oferecidos pelo Código de Processo Civil, tal como o IRDR.

Nesse quadro, provavelmente o STJ terá que revisitar o tema, em sede de repetitivo, para aí avançar alguns critérios de julgamento no

mérito dessas ações, de maneira que se possa chegar rapidamente a uma conclusão justa, que ponha termo ao conflito de modo isonômico. Os números são realmente impressionantes: fala-se de 11.500 ações na Justiça Federal, com 30.000 autores, e de um desembolso de 150 milhões de reais para o FCVS. Na Justiça Estadual a ordem de grandeza é 24 vezes maior, o que é assustador, e enfatiza a necessidade a que me referi acima de alguma coordenação.

É bom registrar que o julgamento do Supremo já irradia efeitos concretos. Por exemplo, na Segunda Seção do STJ, destaca-se uma decisão monocrática do Ministro Buzzi, que devolve os autos para a origem, para que o juiz possa fazer um juízo de retratação nos termos do CPC. Na verdade, em todas as decisões monocráticas já se verifica, como não poderia deixar de ser, um alinhamento com os comandos contidos no Recurso Extraordinário nº 827.996.

Outros exemplos: algumas decisões monocráticas por mim proferidas que declararam a nulidade da sentença, e determinam a remessa dos autos à Justiça Federal. No mesmo sentido, a Ministra Isabel Gallotti tem reconhecido a competência da Justiça Federal. E o Ministro Sanseverino tem decisões afirmando a competência da Justiça Estadual, em vista daqueles critérios alinhados no recurso extraordinário, mas obviamente considerando o interesse jurídico da Caixa.

Portanto, as decisões proferidas pelo STJ aderem integralmente aos critérios fixados pelo STF no tema 1.011. Com isso, os recursos que têm por objeto o seguro habitacional poderão finalmente ser apreciados no mérito. O STJ cumprirá sua missão constitucional de uniformizar a aplicação da lei federal no país, evitando a prevalência de decisões dispares e o tratamento desigual de situações idênticas.

Em suma, podem-se comemorar os bons resultados obtidos até agora com a mediação, bem como o fato de que, a partir dos critérios fixados pelo STF, será possível julgar de maneira segura as demandas. Mecanismos processuais como o IRDR e os recursos repetitivos, com eficácia vinculante, poderão prestar-se à resolução adequada e definitiva dos conflitos, levando em consideração todos os direitos e interesses envolvidos.

Seguro Habitacional, apólice pública, ramo 66, FCVS e competência para julgar¹

Luiz Alberto Gurgel de Faria²

Trata-se nesta palestra da decisão do tema 1011 do Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 827996, e seus reflexos, especificamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na 1^a e 2^a sessões, envolvidas na análise e julgamento dessa matéria. Na verdade, é um passeio pelo citado Recurso para, em seguida, apresentar os reflexos do que foi decidido pelo STF, especificamente no âmbito da 1^a Seção do STJ, em final de junho de 2020.

Qual é a questão e como ela surgiu? O que na realidade deu ensejo a um tema como esse chegar no STF? Tudo começa no direito de pessoas, mutuários, que têm a necessidade de ingressar com a ação em razão de seguro em que pedem uma indenização securitária. São pessoas, são mutuários, às vezes envolvendo um caso de morte, envolvendo invalidez, ou até muitas vezes envolvendo também a estrutura do próprio imóvel que possuem ou onde vivem. Reclamam à seguradora uma indenização em face de problemas estruturais naquele determinado imóvel, ou já pedindo uma indenização em face de morte de pessoas, vitimadas por acidentes no âmbito desses imóveis.

Eu me recordo de uma época, em Pernambuco, ali no entorno de Recife, quando começaram a desabar vários prédios, que eram conhecidos como prédios caixotes. Eram prédios sem pilares, e

¹ Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria, no III Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado o formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2020.

² Luiz Alberto Gurgel de Faria é Ministro do STJ desde 2014. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Universidade de Brasília. Foi Juiz do Trabalho no TRT da 21^a Região, e Juiz Federal na 5^a Região.

começaram a desabar. A Defesa Civil interditou vários deles, e as pessoas prejudicadas pela perda tiveram que entrar com as ações. Remonta à origem dessas ações, para que se entenda como isso chegou ao Supremo. Então, o normal era o quê? As pessoas entravam com essas ações contra as seguradoras, e o foro escolhido era normalmente no âmbito da justiça estadual. Quando era um seguro feito direto pela ou contra a Caixa, através de sua subsidiária, a Caixa Seguradora, a questão ficava no âmbito e competência da Justiça Federal.

Mas, quando é que começa a haver uma questão maior a respeito dessa competência? É exatamente a partir da Medida Provisória de nº 513, de 2010. Convertida na Lei nº 12409, de 2011. Essa MP diz que os direitos e obrigações do seguro habitacional, especificamente do sistema financeiro de habitação, no caso da apólice 66 – que é pública e conhecida como apólice do ramo 66, passariam esses direitos e obrigações para a responsabilidade do Fundo de Compensações e Variações Salariais (FCVS). Também houve a previsão de que a Caixa Econômica Federal passaria a representar esse fundo judicial e extrajudicialmente.

Então começa a surgir a questão: se a Caixa é que representa o fundo, e o fundo é que responde, no caso, por eventuais prejuízos, por eventuais questões envolvendo esses seguros, então a competência tem que ser sempre da justiça federal? Ficava a interrogação.

O tema chega, então, ao STJ, em repetitivo a respeito da matéria, no âmbito da segunda sessão. O processo inclusive passou por alguns embargos de declaração, respeitando-se a competência da segunda sessão, e ali foram estabelecidos alguns parâmetros para se reconhecer a legitimidade da Caixa Econômica Federal para participar dessas lides. Entre esses parâmetros, foram definidos marcos temporais, a partir de 1998 e até 2009, que foi um período em que começou a ser permitida a apólice privada (a apólice privada para o seguro habitacional só começou em 1998), e até 2009, que foi o período em que se terminou, no caso, a apólice pública.

Com o advento da MP nº 513, teve fim o Ramo 66, com a apólice pública, e foi estabelecido que a CEF deveria demonstrar que se tratava da apólice 66, para a manutenção do Foro da Justiça Federal. Tarefa difícil, essa demonstração. Difícil demonstrar que, naquela ação propriamente dita, haveria um comprometimento muito sério, muito grave, do fundo, se a Caixa Econômica Federal não estivesse ali integrando aquela determinada demanda.

Então foram essas as balizas estabelecidas para o reconhecimento da legitimidade da Caixa, e reconhecida essa legitimidade da Caixa para intervir na ação, caberia a competência da Justiça Federal. Por quê? Porque, na realidade, está na própria Constituição Federal que, quando uma empresa pública federal estiver atuando ali, mesmo que como um simples interessado naquela determinada demanda, a Constituição, no Artigo 109, inciso 1, diz que aquela matéria, em razão da pessoa, é da competência da Justiça Federal.

Esse tema então chega para o STF (1011), onde as balizas foram fixadas e passaram a prevalecer efetivamente. A matéria foi revisitada pelo Supremo que, ao fazê-lo, deita os olhos exatamente sobre esse marco temporal já mencionado, a MP 513. E aqui há um dado muito importante: a Caixa Econômica Federal passa a representar o Fundo de Compensações de Variações Salariais, e além de passar representá-lo, na verdade essa medida provisória, que foi convertida em lei, estabelece que o FCVS é que responde pelos direitos e obrigações dessas apólices públicas.

Então fica a pergunta: mas as demandas não eram contra as seguradoras? Na realidade o risco para as seguradoras, no caso de apólices públicas, é sempre importante dizer, é quando se está falando das apólices do ramo 68, apólices privadas. Porque sobre essas apólices, que surgiram a partir de 1998, não há controvérsias realmente de as seguradoras que estão ali no caso, respondendo, em caráter privado e, portanto, não há questão de competência da Justiça Federal.

O problema era, vale enfatizar e repetir, são as apólices do ramo 66, do ramo público, e que a partir de 2010 passaram a essa previsão: FCVS, um fundo público federal responde. No caso, a Caixa Econômica Federal. E diante dessa variedade de critérios e dessa realidade legislativa, o que faz o Supremo? Com base na Constituição Federal, cabe ao Supremo examinar e definir, pois a competência é da Justiça Federal. E ao ser da Justiça Federal, então, acaba essa controvérsia toda que existia com relação, volto a dizer, à apólice 66, a apólice pública.

Mas o Supremo se deparou também com a questão do direito intertemporal. Por quê? Ações tinham sido propostas antes dessa medida provisória, e no caso ainda não existia esse marco legal estabelecendo de forma clara que o FCVS é que seria o responsável por eventualmente indenizar essas pessoas. O que o Supremo fixa,

então? As ações que estavam em trâmite à época em que a medida provisória entrou em vigor, em novembro de 2010, aquelas que ainda não tinham sentença, vão para a Justiça Federal, que é competente. Mas, as que já tinham sentença, continuam no âmbito da justiça dos estados, sem prejuízo de que Caixa Econômica Federal e, também a União – porque já que tem o FCVS a União pode demonstrar interesse, há legislações que assim permitem podem intervir, mesmo com o processo continuando no âmbito da Justiça dos Estados.

Foi essa diretriz que o STF deu ao definir as competências, deixando de modo claro, a partir de 2010: processos que eventualmente estavam tramitando e que ainda não tinham sentença à essa época, competência da Justiça Federal; e nos processos que, a essa época, em 2010, já tinham sentença, no caso respeitar esse marco temporal, mantendo esse recorte da sentença na justiça dos Estados e, ao fazê-lo, permitir que a Caixa, e no caso também a União, venham intervir.

Qual foi, portanto, o reflexo de tal decisão no público? O que eu, monocraticamente, fui observar? Tenho uma diretriz de repercussão geral, com efeito vinculante para todas as demais instâncias do judiciário. E essa decisão, que foi fixada pelo STF, tem que ser obedecida e respeitada. Pessoalmente, já estou assim procedendo, determinando, verificando esse marco temporal. Quanto aos processos que à época, 2010, porventura já estavam sentenciados, Justiça Estado; e aqueles ainda não sentenciados, competência da Justiça Federal.

Mas eu não posso olhar somente decisões minhas: eu fui olhar decisões dos colegas. E aí eu trago, no que diz respeito a essas decisões, uma observação *interna corporis*, no âmbito do nosso STJ. É que existe um conflito de competência, de nº 140 456, do Rio Grande do Sul, em que há um debate: se a competência para julgar esta matéria é da primeira sessão, ou se a competência é da segunda sessão. Então eu disse: para esse conflito de competência, o que foi fixado pelo STF não tem qualquer efeito. Por quê? O Supremo já disse: se a matéria que chega à minha decisão é tão só de competência, vale o que já está dito e deliberado pelo Supremo.

Só que colegas da primeira sessão ainda não fazem assim. Verifiquei, por exemplo, e só a título de exemplo, que em decisões da segunda turma, não ainda decisões colegiadas, mas monocráticas, foi mantido o sobrerestamento desses processos que discutem

competência. Mas, na realidade, o Supremo já disse. E é o que vale para definir essa questão da competência, e o que eu estou mandando aplicar.

Mas, qual é a cena do próximo capítulo, no âmbito da primeira e da segunda sessões? É esperar o julgamento desse conflito de competência, o 140456, e aqui eu não vou fazer nenhuma previsão. O que falo, é com base em precedentes. E a Corte Especial tem se posicionado da seguinte forma: se, por acaso, o tema envolve fundo de compensação de variações salariais, a matéria, a competência é da primeira sessão, porque envolve ali especificamente interesse público. Se não envolve o FCVS, a matéria, a competência é da segunda sessão. Como no caso da apólice do ramo 66, a apólice pública, há ali interesse direto da Fundo de Compensação, de acordo com o precedente do próprio STF, eu antevêjo que a Corte especial deverá julgar, para o caso, que a primeira sessão será competente.





DOCTRINA

ANS: Taxatividade do Rol de Procedimentos

Maria Stella Gregori¹

Resumo: O presente artigo trata sobre o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com o objetivo de analisar se ele é taxativo ou exemplificativo à luz da regulação da saúde suplementar.

Abstract: This article deals with the List of Procedures and health events, edited by the National Agency of Supplementary Health (ANS), aiming at analyzing whether it is comprehensive or illustrative according to health regulations.

Palavras-Chave: Consumidor – Planos de Saúde – Código de Defesa do Consumidor – Rol de Procedimentos da ANS.

Keywords: Consumer – Health Plans – Consumer Protection Code – List of ANS Procedures.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar se o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, é taxativo ou exemplificativo à luz da regulação da saúde suplementar. O Rol elenca as coberturas mínimas obrigatórias que as operadoras de planos de assistência à saúde estão obrigadas a garantir aos seus consumidores nos planos privados de assistência à saúde contratados.

Para tanto, comentar-se-á, sucintamente, sobre a saúde suplementar no Brasil, após o que demonstrar-se-á que existe uma relação de consumo na saúde suplementar. A seguir tratar-se-á sobre o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, e qual é a posição atual da jurisprudência sobre o tema. Por fim, analisar-se-á se o Rol de Procedimentos é taxativo ou exemplificativo.

¹ Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora da PUC/SP. Diretora do Brasilcon. Foi Diretora da Agência Nacional de Saúde Suplementar–ANS e Assistente de Direção do Procon/SP.

1. A saúde suplementar no Brasil

Inicialmente, cabe anotar que o Brasil conta com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que representa o marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos entre nós. Ela consagra as garantias e direitos fundamentais e a proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira, ao afirmar os valores da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social. E, ao tratar da ordem econômica, fixou o papel do Estado como agente normativo, regulador, e executor subsidiário das atividades econômicas.

A Constituição determina que saúde é direito de todos e dever do Estado, e também garante à livre iniciativa a prestação de assistência à saúde. Desse modo, o sistema de saúde brasileiro caracteriza-se por seu hibridismo, pois nele coabitam serviços públicos e serviços privados. De um lado, o subsistema público, em que o acesso à saúde é para todos os cidadãos e prestado pelo Sistema Único de Saúde – SUS e, de outro, o subsistema privado, em que o acesso se dá de forma direta ou em caráter suplementar, que se estrutura por meio da intermediação dos serviços de assistência à saúde, prestados pelas operadoras de planos privados a seus consumidores.

O marco regulatório do sistema de saúde suplementar surgiu com a aprovação da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, conhecida como Lei dos Planos de Saúde, e das Medidas Provisórias que sucessivamente a alteraram. Hoje, a Medida Provisória vigente é a de nº 2.117-44, de 24 de agosto de 2001, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, os chamados Planos de Saúde, incluindo-se aí, também, nessa terminologia, os Seguros-Saúde, medida que aguarda, até o momento, deliberação do Congresso Nacional.

A Lei 9.656/1998 impõe disciplina específica para as relações de consumo na saúde suplementar, mediante o disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, rol de procedimentos e eventos em saúde cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes, e cumprimento de cláusulas contratuais, além de estabelecer normas de controle de ingresso, permanência e saída das operadoras nesse mercado, estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras, a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência.

Esse setor, a partir de 2000, passou a se submeter à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS², agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar – Consu³, incumbida de fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas lesivas ao consumidor e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor. Entre as competências da ANS inclui-se a elaboração do Rol de Procedimentos de eventos em saúde, que constituirá referência mínima obrigatória para a cobertura assistencial dos fins dispostos na Lei 9.656/1998.

Cabe comentar, sucintamente, que as Agências Reguladoras, dentro de suas competências legais, podem regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, podem editar regulamentos, desde que o façam respeitando a lei. No entanto, a regulamentação de uma lei não pode ultrapassar os limites por ela impostos, não podendo inovar na ordem jurídica, nem criar ou extinguir direitos. Todos os atos administrativos encontram-se submetidos aos ditames legais, sob pena de serem considerados ilegais e inválidos.

Nesse diapasão, ensina-nos Leila Cuellar⁴ que *os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo.*

Desse modo, a ANS, ao regulamentar a Lei dos Planos de Saúde, não pode criar nem extinguir direitos: isto é, não pode inovar na ordem jurídica.

2. A relação jurídica de consumo nos planos privados de assistência à saúde

A Constituição Federal, relativamente à proteção ao consumidor⁵, também foi moderna, ao alçá-la como garantia de linhagem

² Criada pela Lei 9.961, de 28.01.2000.

³ O Consu é um órgão governamental interministerial, presidido pelo Ministro da Saúde, com competência deliberativa, para fixar as políticas e diretrizes públicas a serem executadas pela ANS.

⁴ Leila Cuellar. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 124.

⁵ Arts. 5º, XXXII; 170, V; 48 das DT, da CF/1988.

constitucional. Determinou que é dever do Estado brasileiro promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, estabelecendo-a como princípio informador da ordem econômica e, ainda pontualmente, a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Em decorrência, o Brasil passou a contar com um documento normativo inovador, principiológico, no que se refere a proteção dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, materializado na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e regulamentado pelo Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que regula todas as relações jurídicas de consumo, assim entendida a relação que pressupõe dois sujeitos: de um lado o consumidor⁶ e de outro o fornecedor⁷, tendo por objeto a aquisição de um produto⁸ ou a utilização de um serviço⁹.

No que se refere à relação jurídica de consumo nos planos privados de assistência à saúde, entende-se o consumidor como o titular de planos de saúde, seus dependentes, agregados, beneficiários, usuários, ou seja, todos os que utilizam ou adquirem planos de saúde como destinatários finais ou equiparados, e o fornecedor, as operadoras que oferecem serviços de assistência à saúde através dos planos comercializados no mercado de consumo: todos amparados pelo CDC. Portanto, os consumidores de planos privados de assistência à saúde têm o direito de ver, reconhecidos, todos os direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Consequentemente, a ANS ao regulamentar a Lei dos Planos de Saúde também deve observar os ditames do Código de Defesa do Consumidor, como dispõe, inclusive, a Lei dos Planos de Saúde, em seu art. 35-G¹⁰, ao determinar que se aplicam, subsidiariamente, aos contratos de planos privados de assistência à saúde, as disposições do Código de Defesa do Consumidor:

⁶ Conceito de consumidor, consubstanciado no art.2º, caput e parágrafo único, art.17 e art. 29, do CDC.

⁷ Fornecedor – art. 3º, CDC.

⁸ Produto – art. 3º, § 1º, CDC.

⁹ Serviço – art. 3º, § 2º, CDC.

¹⁰ Art. 35-G - *Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos deque tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078/1990.*

Oportuno frisar que o Código de Defesa do Consumidor, ao definir a Política Nacional das Relações de Consumo¹¹, determina o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, devendo a ação governamental se pautar na proteção de seus interesses pela garantia de produtos e serviços com padrões adequados, bem como, quando colocados no mercado de consumo, que não acarretem riscos à saúde ou segurança¹².

O Código de Defesa do Consumidor por ser lei principiológica aplica-se a toda relação de consumo. A Lei 9.656/98, por sua vez, é especial, regula os planos privados de assistência à saúde e menciona, expressamente, a aplicabilidade do CDC. No entanto, o legislador não foi apropriado ao determinar que a aplicação do CDC aos planos de saúde é subsidiária. A terminologia adequada à aplicação do CDC deveria ser complementar.

Nesse sentido, cabe recorrer à Cláudia Lima Marques¹³ que, ao comentar a questão, assinala:

Este art. da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o CDC (art. 48 ADCT/CF88), tenha apenas aplicação subsidiária a normas de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/98, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua ratio deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. Para a maioria da doutrina, porém, a Lei 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas na maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Particularmente defendo, em visão minoritária, a superioridade hierárquica do CDC (grifou-se).

¹¹ Art. 4º, II, d, CDC.

¹² Art. 8º, CDC.

¹³ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 717-718.

Assim, entende-se que é perfeitamente admissível a aplicação cumulativa e complementar da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde. Da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à caberá à legislação específica reger, de forma minudenciada, os planos de saúde.

Percebe-se, claramente, que a intenção do legislador foi a de reforçar a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao regular os planos de saúde. Mas, como já comentado, utilizou terminologia equivocada. No entanto, mesmo se não houvesse qualquer menção ao CDC na Lei dos Planos de Saúde, ele estaria subjacente, por ter raiz constitucional e se tratar de lei principiológica.

No que diz respeito à Lei 9.656/1998, os contratos de planos privados de assistência à saúde podem ser classificados como antigos ou novos. Os planos antigos são aqueles que foram firmados antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde e, portanto, não estão submetidos à sua égide, mas têm assegurados os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Já os planos novos, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e aqueles que foram adaptados, são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei 9.656/1998 e sua regulamentação editada pela ANS.

3. O Rol de procedimentos e eventos em saúde

A assistência à saúde disciplinada pela Lei dos Planos de Saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Para tanto, segundo o que dispõe o § 4º de seu art. 10, restou garantida a cobertura assistencial de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças – CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, de acordo com o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, elaborado pela ANS, órgão responsável por definir a amplitude das coberturas de assistência à saúde, de acordo com a segmentação do plano adotada, isto é, referência, ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia, odontológica e suas combinações.

Considerando tal competência, é conferida à ANS, por meio do art. 4º, III, da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a edição de normativos, instituindo e atualizando o Rol de Procedimentos, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados, novos ou adaptados conforme

a Lei 9.656/1998, cujas regras encontram-se atualmente estabelecidas pela Resolução Normativa – RN 465, de 24 de fevereiro de 2021, em vigor desde 1º de abril de 2021.

Por procedimentos e eventos de saúde devem-se entender, além das intervenções relativas ao parto, as internações e o uso de meios e técnicas destinadas a diagnóstico ou tratamento de todas as doenças listadas no CID da OMS, com vistas a prevenir, curar ou controlar patologias, ou, ao menos, minimizar os seus sintomas.

O Rol de Procedimentos garante e torna público o direito assistencial dos consumidores de planos privados de assistência à saúde, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde. A incorporação de novas tecnologias em saúde, o rito, prazos e metodologia encontram-se regulamentados pela RN da ANS 439, de 3 de dezembro de 2018, bem como a definição de regras para sua utilização.

A ANS elabora o Rol por meio dos sucessivos ciclos de atualização, que ocorrem a cada dois anos, podendo, entretanto, em caráter extraordinário, atualizá-lo a qualquer tempo. Os procedimentos para serem incluídos ou excluídos são analisados, criteriosamente, por comitês técnicos designados especificamente para este fim, que contam com a participação de todos os atores envolvidos na saúde suplementar. A agência leva em consideração os ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, pautando-se na melhor literatura científica disponível, sob o fundamento dos princípios de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS e de Saúde Baseada em Evidência – SBE, de modo que seja demonstrada a segurança, a eficácia, a efetividade, a acurácia e o custo-efetividade das intervenções. São ponderados, ainda, critérios como a disponibilidade de rede assistencial e a aprovação pelos conselhos profissionais quanto à utilização do procedimento. Encerradas as análises e os estudos técnicos, a proposta de revisão do Rol, é submetida a consulta pública, a fim de se colherem contribuições dos atores setoriais e de toda a sociedade e, posteriormente, é aprovada pela ANS.

O Rol de Procedimentos apresenta: Diretriz de Utilização-DUT, que estabelece os critérios baseados nas melhores evidências científicas disponíveis; Diretrizes Clínicas-DC, que visam à melhor política clínica, abordando manejos e orientações mais amplas, baseadas nas melhores evidências científicas disponíveis e, também, definem a cobertura

mínima obrigatória, além do Protocolo de Utilização-PROUT, para alguns procedimentos e eventos em saúde. O Rol indica, também, quais são os Procedimentos de Alta Complexidade – PAC.

Insta salientar que o legislador pátrio define que cabe à ANS elaborar a amplitude do Rol de Procedimentos e eventos em saúde. Isto é, a lei dispõe como poder originário da ANS a atribuição de definir um parâmetro mínimo obrigatório de procedimentos e eventos em saúde em relação à cobertura de todas as doenças listadas pela OMS, a ser oferecido pelas operadoras de planos de assistência à saúde aos seus consumidores. Evidente que essa competência legal não pode se sobrepor à lógica da integralidade do cuidado e aos padrões de cobertura assistencial, abrindo espaço para a possibilidade de exclusões de procedimentos.

Desse modo, o Rol de Procedimentos é taxativo¹⁴, pois tudo que está disposto nele é de cobertura obrigatória que as operadoras de planos de assistência à saúde devem oferecer aos seus consumidores. Entretanto, nada impede que as operadoras ofereçam algo a mais do que o previsto, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.

Consequentemente, não se pode entender que o Rol de Procedimentos seja apenas uma lista indicativa definida pela ANS, e que quaisquer procedimentos ou eventos em saúde que, estejam disponíveis no mercado ou que sejam indicados por profissionais de saúde, devam ser de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados. Se fosse essa a exegese da norma, o legislador não condicionaría a elaboração de um rol pelo órgão regulador, e o deixaria *in albis*. A interpretação desta norma é para que se garanta a exequibilidade dos contratos de planos privados de assistência à saúde e para que haja, minimamente, a previsibilidade do cumprimento das obrigações pelas operadoras.

Não se configura, entre as competências da agência reguladora, informar quais insumos, materiais, instrumentos, equipamentos, instalações e condições serão utilizados para a execução dos procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória. Estes assuntos guardam íntima relação com a autonomia do médico ou

¹⁴ Conforme art. 2º da RN ANS 465, de 24 de fevereiro de 2021.

dentista assistente e, se houver divergências, devem ser resolvidas por meio de junta médica ou clínica¹⁵.

A ANS, ao longo desses anos, ao atualizar o Rol vem ampliando o elenco de procedimentos e eventos em saúde, para que seja o mais apropriado para garantir a qualidade da cobertura assistencial com vistas ao cuidado integral. Entretanto, com a celeridade dos avanços tecnológicos, surgem no mercado constantemente novos procedimentos e eventos, que inúmeras vezes passam a ser indicados pelos profissionais de saúde e, por não constarem do Rol, as operadoras de planos privados de assistência à saúde negam a cobertura aos seus consumidores, gerando litígios que passam a ser objeto de análise do Poder Judiciário.

4. Jurisprudência

Atualmente, em torno 51% das ações judiciais em tramitação¹⁶, movidas por consumidores em face das operadoras de planos de assistência à saúde, visam a garantir acesso a procedimentos e eventos de saúde, devido à negativa de cobertura solicitada, especialmente por não constar do Rol de Procedimentos e eventos de saúde da ANS.

Tanto nos Tribunais Estaduais como no Superior Tribunal de Justiça – STJ as decisões nos últimos anos vêm ao encontro do interesse do consumidor, com entendimento consolidado de que o Rol de Procedimentos da ANS é lista de procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória exemplificativa. Entende-se que é ilegal e abusivo negar cobertura por ausência de previsão no Rol da ANS, lista que serve apenas de referência mínima, pois quando expressamente indicado, por médico ou odontólogo assistente, deve haver cobertura, independente de haver ou não previsão expressa no Rol.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP a questão está sumulada em benefício do consumidor. É assente a posição do TJSP no reconhecimento dos direitos do consumidor em casos semelhantes, preservando sua incolumidade física e saúde, devendo se dar especial atenção ao disposto nas Súmulas 96 e 102, segundo as quais:

¹⁵ RN ANS 424, de 26.06.2017.

¹⁶ Conforme, Scheffer, Mario. Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar. DMP/FMUSP São Paulo: 2020.

Súmula 96: *Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.*

Súmula 102: *Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*

Ocorre que, em 2019, sobreveio uma controvérsia entre a Quarta e a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à interpretação do Rol da ANS. A 4^a Turma do STJ decidiu por unanimidade¹⁷, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, que a natureza do Rol da ANS é meramente taxativa. Conforme acórdão, nos termos da Ementa:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA, IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECEMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDA PELA AGÊNCIA.

¹⁷ REsp nº 1.733.013 / PR (2018/0074061-5). DJ. 10.12.2019 e DJe. 20.02.2020. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIALIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de verteoplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.

8. Recurso especial não provido.

Essa decisão da 4^a Turma do STJ, ao reconhecer a natureza taxativa do Rol da ANS, obriga as operadoras de planos de saúde a cobrirem os procedimentos e eventos em saúde, mas somente aqueles que estiverem previstos expressamente na lista da ANS.

Por outro lado, o entendimento pacificado até 2019, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, adotado pela 3^a Turma, na decisão unânime do REsp 1.876.630/SP¹⁸, nos termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, privilegia a natureza exemplificativa do Rol de Procedimentos da ANS, transcrita a seguir na Ementa:

¹⁸ REsp 1.876.630/SP (2020/0125504-0). DJ 02.03.2021 DJe 11.03.2021. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação indenizatória c/c compensação de dano moral ajuizada em 22/05/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 04/03/2020 e atribuído ao gabinete em 09/06/2020.

2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) o cerceamento de defesa; (ii) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (iii) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral.

3. A jurisprudência desta Corte orienta que a avaliação quanto à necessidade e à suficiência das provas demanda, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontra óbice na súmula 7/STJ, bem como que não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória.

4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da Organização Mundial de Saúde – OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas.

5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, Dje de 26/11/2019), que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”, razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

6. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ.

7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exacerbada.

9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão.

10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão – e dos que não

estão – incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde.

11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetrícia – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir.

12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo.

13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida.

14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo

a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

15. Hipótese em que a circunstância de o procedimento não constar do rol de procedimentos e eventos em saúde, não é apta a autorizar a operadora a recusar o seu custeio, sobretudo considerando que a cirurgia prescrita para a recorrida não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998.

16. Ausente a indicação no acórdão recorrido de que a conduta da operadora, embora indevida, tenha agravado a situação de aflição psicológica e de angústia experimentada pela recorrida, ultrapassando o mero inadimplemento contratual, ou ainda de que a recorrida se encontrava em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde, deve ser afastada a presunção do dano moral.

17. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

A par de a questão estar divergente nas Turmas do STJ, esse tema ainda se encontra em apreciação pela Segunda Seção, com o intuito de se buscar entendimento uniforme para a concretização da segurança jurídica, sendo aguardado o resultado do julgamento.

Considerações Finais

O Rol de Procedimentos e eventos em saúde definido pela ANS traz os contornos em que se dá a cobertura assistencial obrigatória mínima no plano-referência e nas segmentações ambulatorial, hospitalar, hospital com obstetrícia e odontológica, classificando-os na tabela de procedimentos. Essa identificação é importante para guiar o que as operadoras de planos de assistência à saúde devem garantir minimamente aos seus consumidores. Cabe salientar que nada impede que as operadoras, por liberalidade, possam ampliar a cobertura além do previsto no Rol.

Vale dizer que um dos temas mais demandados no Poder Judiciário, no que se refere aos planos privados de assistência à saúde, é a negativa de cobertura movida por consumidores em face das operadoras. As operadoras entendem que devem cobrir apenas o que consta expressamente no Rol da ANS, e os consumidores querem assegurar, ao atendimento de sua saúde, todas as possibilidades indicadas pelo médico ou odontólogo assistente, independente de constar ou não do Rol.

A jurisprudência dominante, ao debruçar-se sobre o tema que envolve o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, vinha há anos

julgando no sentido de que, quando houvesse indicação de profissional da saúde para quaisquer procedimentos, independentemente da lista da ANS, as operadoras deveriam obrigatoriamente oferecer aos seus consumidores de planos privados de assistência à saúde. Isto é, adotava a posição de o Rol ser meramente exemplificativo, ou seja, entendia-se que não poderia haver nenhuma restrição de cobertura para tratamento de qualquer doença, quando solicitado pelo médico ou odontólogo assistente.

Ocorre que, recentemente, a 4^a Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou posição divergente, no sentido de defender que o Rol de Procedimentos da ANS é taxativo, aliás posição também adotada pela agência reguladora. Isto é, as operadoras somente são obrigadas a oferecer procedimentos listados no Rol. Por conta desta controvérsia o tema foi encaminhado à 2^a Seção do STJ com o intuito de se buscar o consenso entre as Turmas.

Resta claro que em uma relação jurídica de consumo de planos de saúde o consumidor, sujeito vulnerável, muitas vezes hiper vulnerável, face às operadoras, precisa ter um atendimento integral, seguro e de qualidade, e seria favorável que ele tivesse acesso e cobertura a tudo de mais moderno disponível no mercado.

Entretanto, verifica-se que a regulação da saúde suplementar dispõe que cabe à ANS elaborar uma lista, como parâmetro mínimo obrigatório de procedimentos e eventos em saúde em relação à cobertura de todas as doenças listadas pela OMS, a ser oferecido pelas operadoras de planos de assistência à saúde aos seus consumidores. Essa determinação, a cargo do órgão regulador, diz respeito à sua expertise técnica, para definir com embasamento científico o que é necessário, minimamente, destinado a diagnóstico ou terapêutica com vistas a prevenir, curar ou controlar patologias ou, ao menos, minimizar os seus sintomas. Esta lista não tem como escopo prejudicar o atendimento à saúde integral do consumidor, mas sim estabelecer como indicador o que realmente é imprescindível e deve ser coberto obrigatoriamente de acordo com a segmentação contratada.

A ANS ao elaborar e atualizar o Rol de Procedimentos, não inova na ordem jurídica: age em conformidade com os comandos legais, bem como, tem seguido um processo contínuo de avaliação, bastante criterioso, nas análises de evidências científicas, levando em consideração eficácia, segurança e impacto regulatório com o apoio técnico de especialistas setoriais, para definir o que deve ser incorporado

ou excluído do Rol. Isto se dá, justamente, com vistas ao consumidor ter atendimento assistencial integral de qualidade e inovador, e para que não haja oferta aleatória e esparsa de procedimentos médico-hospitalares e odontológicos.

Desse modo, considerar que o Rol de Procedimentos seja exemplificativo é negar a própria existência de um rol mínimo. Pois se o legislador entendesse que as operadoras de planos privados, para prestar assistência à saúde de todas as doenças listadas no CID da OMS, deveriam utilizar todos os procedimentos e eventos disponíveis no mercado, de forma ilimitada, não teria estabelecido tal limitação por meio de um elenco a ser definido pela ANS.

Cabe afirmar que a regra imposta pela Lei dos Planos de Saúde, de atribuição à ANS de elaborar o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, não conflita com os princípios dispostos pelo Código de Defesa do Consumidor, de respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, devendo a ação governamental garantir produtos e serviços com padrões de qualidade e segurança. É notório que o insumo técnico da norma cabe à ANS, justamente por ser órgão governamental que tem expertise, para analisar uma lista de procedimentos mais adequada em termos de conteúdo e nomenclaturas adotadas, especialmente para garantir segurança e qualidade da cobertura assistencial, de acordo com as necessidades em saúde, e voltada ao cuidado integral dos consumidores.

Nesse diapasão, entende-se que o Rol de Procedimentos e eventos em saúde é taxativo, ao estabelecer o que deve ser obrigatoriamente oferecido pelas operadoras. Entretanto, nada impede que elas ofereçam um “plus”, um adicional, do que é definido pela ANS.

É imprescindível que a ANS, ao atualizar o Rol de Procedimentos, esteja sempre alerta, para atender as recomendações de especialistas do setor de saúde, debatidas amplamente com a sociedade, incluindo sempre procedimentos tecnologicamente adequados, para que cada vez mais os consumidores de planos privados de assistência à saúde tenham atendimento de excelência e não precisem recorrer ao Poder Judiciário.

Referências Bibliográficas

CUELLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 4^a ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 31)

Leis Comentadas: série II: Regulação Econômica: volume 5/Maria Stella Gregori, Maria T. Carolina de Souza Gouveia: organização Irene Patrícia Diom Nohara, Fabrício Motta, Marcio Praxedes. 1^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto- Lei 8078, 11 de setembro de 1990. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8^a. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: RT, 2016.

SCHEFFER, Mario. *Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar*. DMP/FMUSP São Paulo: 2020

www.ans.gov.br

www.stj.jus.br

Análise sistêmica da saúde suplementar e sua importância para o equilíbrio e sustentabilidade das complexas e relevantes relações estabelecidas em seu entorno

Henrique Pires Arbaché¹

José Carlos Van Cleef de Almeida Santos²

“As ciências só têm valor quando nos ajudam na vida; e é para isso que existem.”

Monteiro Lobato

Resumo: O presente artigo tem por objeto examinar de modo sistêmico os eventuais efeitos positivos e/ou negativos que a excessiva interferência judicial causa ao mercado de saúde suplementar no Brasil, seus atores, o equilíbrio e a sustentabilidade das relações estabelecidas no seu entorno.

Abstract: This article aims to examine systemically the possible positive and/or negative effects that excessive judicial interference causes to the supplementary healthcare market in Brazil, its actors, balance and sustainability of the relationships established around it.

¹ Mestre e especialista em Direito Empresarial. Professor da Escola Nacional de Seguros. Coordenador do grupo de análise econômica do direito da OAB/SP. Diretor da Comissão de estudos em Direito e Economia da 116^a Subseção da OAB/SP. Membro do GNT de Saúde Suplementar da AIDA BRASIL. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Sócio do escritório Almeida Santos Advogados.

² Mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela Universidade Católica de Santos. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da ABDEPro - Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da AIDA BRASIL - Associação Internacional de Direito de Seguro. Sócio titular do escritório Almeida Santos Advogados.

Palavras-chave: Saúde suplementar, Microssistemas, Planos de Saúde, Operadoras de saúde, Regulação, Preço e Custo.

Keywords: Supplementary Health, Mycrossystems, Healthcare Insurance plans, Healthcare companies, Regulation, Price and Costs.

INTRODUÇÃO

Antes de se introduzir diretamente o tema objeto do presente artigo, é necessário que se estabeleça uma importante premissa, consistente na diferenciação da análise sistêmica do direito em relação ao método sistêmico de interpretação das normas jurídicas.

A análise sistêmica representa uma forma de se enxergar as ciências sociais, de modo a compreender que cada microssistema que a integra também faz parte de um sistema maior, e assim ocorre também com as próprias ciências sociais em si e, ao fim e ao cabo, todos os inúmeros microssistemas acabam por desaguar no sistema maior, que denominamos de universo.

O funcionamento de cada microssistema deve respeitar a melhor forma de se atingir não apenas o seu desiderato, como também a finalidade maior a que ele estiver inserido. E na maioria das vezes, uma coisa está diretamente relacionada a outra. Vale dizer, o funcionamento deficitário de um microssistema, geralmente, faz com que o sistema maior em que ele esteja inserido também apresente deficiências e assim em diante.

Nessa perspectiva, resta claro que, ainda que por certo tempo não fosse assim enxergado ou considerado, o direito não existe para si. De efeito, não é finalidade do direito construir belas normas jurídicas. O objetivo maior, também denominado como função social do direito, consistente no papel desempenhado pelo microssistema do direito, no sistema maior em que está inserido, é a pacificação social. Daí porque uma norma pode ser considerada muito bem redigida, à luz das melhores técnicas legislativas. Mas ela apenas poderá ser considerada como um avanço efetivo no campo científico, se contribuir para o objeto do direito, visto não como algo para si, mas sim como algo para a sociedade a que ele se destina. E, para auferir essa colaboração, serão necessários instrumentos metodológicos empíricos, pragmáticos e objetivos.

Sobre a importância de se terem, com clareza e objetividade, as finalidades que se busca atingir por meio do direito erigido pelos

homens, seja por meio dos sistemas positivos, de common law ou qualquer outro, A. Castanheira Neves, com a sua precisão peculiar, destacou:

Questão fundamental justificada pelas circunstâncias e de funda perplexidade, que nos remete assim ao núcleo do nosso tema. É o próprio problema do direito que está em causa e não podemos iludir. Problema que nos obriga a perguntar pelo seu porquê essencial – por que o direito é particularmente hoje. Pergunta que não fazemos, todavia, numa intenção ontológica – pressupondo o direito e para interrogá-lo tão-só no que ele é, nessa sua pressuposição – e sim numa intenção que diremos antes fundamentalmente problemático-constitutiva. Invocando o paradigma heideggeriano, trata-se de nos perguntarmos <<por que é em geral o direito e não pelo contrário o não-direito>> - ou seja, por que emerge o direito no nosso mundo e para que emerge ele aí, a que se deve a sua constituição e que sentido cumpre ele nessa tal constituição. Pois só deste modo ficaremos em condições de saber se a função imputada ao direito na realidade humana é ou não indispensável, e se essa função na nossa humana realidade pode ser ou não desempenhada por algo diferente dele – desde logo, pelas alternativas que hoje se lhe insinuam³.

Independentemente de estarmos diante de um microssistema que se denominou de autopoético⁴, não se pode negar, em absoluto, que, segundo a teoria dos sistemas, todo microssistema integra o organismo maior que, por sua vez, será considerado microssistema

³ Digesta: *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, de sua Metodologia e Outros*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ps. 296-297.

⁴ Assim definido por Niklas Luhmann:

O sistema é aberto cognitivamente para ser estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para alimentar suas operações internas. Não é aberto no sentido da teoria tradicional, já que a relação entre as provocações do entorno e as respostas do sistema não é causal e linear (a cada perturbação uma resposta do sistema); também não é aberto nos termos do modelo cibernetico de input/output (a cada perturbação registrada na memória do sistema uma resposta). Mais bem, trata-se de uma abertura seletiva, enquanto relação de imputação derivada da auto-referencialidade: depois de observar o entorno e suas demandas, bem como a si mesmo e sua capacidade estrutural para redução da complexidade, o sistema seleciona aqueles ruídos (perturbações ou irritações) que serão recebidos e considerados como informação (aqueles dados que são reconhecidos pelo sistema como distinções segundo o código de programação binário) apta a gerar novas estruturas capazes de reduzir a complexidade externa. (Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, ps. 96-97).

daquele que ele próprio é integrante. Sob esse prisma, salta à vista que o bom funcionamento dos microssistemas deve ser verificado como um todo (e não apenas de forma internalizada).

Nessa linha de ideias temos que o direito, a economia, a antropologia, a sociologia, são microssistemas que compõem as chamadas ciências sociais, ao lado dos que compõem as demais áreas do conhecimento. Algumas se situam em zonas limítrofes dos microssistemas, como é o caso da psicologia que, aliás, tal como ocorre com o direito, enfrenta divergências sobre a sua própria conceituação como ramo científico⁵.

Outro ponto que deve ser enfatizado: as manifestações científicas, ainda que adotadas em microssistemas distintos, devem guardar entre si coerência e validade universal⁶. Conforme lúcido escólio de Eduardo C. B. Bittar:

A ciência busca validade universal e eficácia definitiva, expressando-se inclusive de forma a alcançar definições universais e englobantes, tendo em vista que busca resultados que atinjam o maior número de pessoas no maior elastério de tempo. As ambições científicas de alcance do maior auditório e da maior constância no tempo, contrastam com as parcas ambições dos juízos emitidos pelo conhecimento vulgar. Isso porque a ciência é um produto de todos e para todos, enquanto a opinião é uma expressão de pensamentos subjetivos de ambição circunscrita, fugaz, apaixonada, tendenciosa e, na maioria das vezes, de incomprovada demonstração⁷.

Nessas alturas, revela-se evidente que uma verdade comprovada, por exemplo, no microssistema da matemática, é válida em todos os outros ramos da ciência, pois é uma expressão científica universal.

Não obstante, em matéria de assistência suplementar à saúde, colhem-se na jurisprudência, por exemplo, divergência sobre a

⁵ CAMBAÚVA, Lenita Gama, DA SILVA, Lucia Cecília e FERREIRA, Walterlice. *Reflexões sobre o Estudo da Psicologia in Estudos de Psicologia*, 1998 3(2), p. 222.

⁶ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Leonidas Regenberg e Octanny Silveira da Mota (trads.). São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1993, p. 61.

⁷ *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018, ps. 54-55.

forma de se calcular a “variação acumulada” das faixas de reajuste por idade, nos moldes previstos pela Resolução Normativa 63/03, da Agência Nacional de Saúde, mesmo em se tratando de matéria exata e chancelada por agência reguladora, sem margem de interpretação. Tanto é assim que, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi necessária a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para dirimir essa questão, tendo destacado o eminente Desembargador Grava Brasil, relator do feito, essa divergência pautada em critério exato (matemático):

Há, ainda, decisões que, ao apurar a consonância do reajuste aos 59 (cinquenta e nove) anos previsto no contrato coletivo com a Resolução n. 63/03, da ANS, notadamente no que tange à variação acumulada entre as faixas etárias (art. 3º, II, da Resolução):

(d) realizam soma aritmética dos percentuais incidentes em cada intervalo (entre a primeira e a sétima faixas e entre a sétima e a décima faixas)

(...)

(e) consideram a média aritmética dos percentuais incidentes nas faixas anteriores.

(...)

(g) afirmam a não observância da Resolução nº 63/03, da ANS (em particular, de seu art. 3º, II, que versa sobre a variação acumulada), sem, contudo, explicitar o cálculo realizado, a evidenciar tal conclusão (extraindo-se, dos julgados que mencionam os percentuais contratuais de reajuste por mudança de faixa etária na fundamentação, que o cálculo da variação acumulada pode ter sido realizado de forma equivocada)⁸.

Foi necessário que as operadoras trouxessem inúmeros estudos e pareceres para que o Tribunal se convencesse de que não era possível admitir critério outro, que não justamente o matemático, arquitetado e implementado pela agência reguladora, para a realização do cálculo da variação acumulada das faixas etárias, para fins da quantificação do reajuste por idade, prevista nos contratos de planos de saúde coletivos, tendo, a esse respeito, sido firmada a seguinte tese:

⁸ IRDR 0043940-25.2017.8.26.0000, acórdão de admissão proferido em 26.10.2017.

TESE 2: A interpretação correta do art. 3º, II, da Resolução n. 63/03, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão ‘variação acumulada’, referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias⁹.

Nessa tese afirma-se que deve ser observado o sentido matemático da expressão “variação acumulada”, contida no art. 3º, II, da RN 63/03, da ANS. Permanece a dúvida: qual seria o outro sentido possível, ainda que em tese, de ser adotado, senão o matemático? Sendo a matemática uma ciência exata e tendo ela demonstrado (comprovado) a forma correta de se calcularem variações acumuladas, não existe, no âmbito científico, a possibilidade de coexistir outro critério que não o matemático. Essa conclusão fica ainda mais evidente se considerada a discricionariedade técnica da agência reguladora, que editou a resolução que encampa a lógica matemática em questão, destinada ao computo do reajuste do prêmio em função da variação da faixa etária.

Essa é uma concepção básica que deveria estar muito bem assimilada. Mas a enorme divergência jurisprudencial que deu ensejo à instauração desse IRDR demonstra que infelizmente não está.

Pois bem, o exame sistemático dá ensejo a duas propostas de atuação científica do direito: a primeira é a partir de uma análise do arcabouço legal posto, suas deficiências e necessidades, para se adequar ao funcionamento do sistema maior. E a segunda se refere à técnica de “integração de lacunas a partir do sistema”, a que aludiu Claus-Wilhelm Canaris¹⁰, conjugando-se duas das assertivas ora apresentadas, quais sejam, a de que o direito não tem a sua finalidade em si mesmo e que se trata de um microssistema que deve ter o seu funcionamento ditado de acordo com os sistemas maiores a que pertence.

O mesmo ocorre com os seus próprios microssistemas, que devem ser regulados em prol do funcionamento de todo o sistema jurídico, a teor das ponderações que formulou Eros Grau, no voto-

⁹ Acórdão de mérito proferido em 22.2.2019.

¹⁰ Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. A. Menezes Cordeiro (trad.). 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 167.

vista proferido na ADPF 101, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24.6.2009:

Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

(...)

Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos¹¹.

Nesse mesmo sentido foi a recomendação de Marcio Medeiros Furtado, ao tratar dos diálogos entre o sistema processual civil e penal, em especial diante da norma do art. 110, do CPC-73, reproduzida com discretas alterações no art. 315, do CPC-15:

Esta nova postura, qual seja, a de limitar o exercício da faculdade concedida ao juiz cível pelo art. 110 do CPC, aglutina-se, também, com a ideia de hierarquia entre os princípios e regras, sendo que, no caso analisado, os valores segurança e certeza, que seriam agredidos pela existência de sentenças contraditórias, devem prevalecer sobre um dispositivo que literalmente concede uma faculdade ao juiz cível, mas que, interpretado sistematicamente, mediante a hermenêutica, deve ser mitigado, pois, ao se aplicar um determinado dispositivo legal, em verdade, está-se aplicando todo o ordenamento jurídico¹².

Enfim, estas são as ideias que auxiliam no estabelecimento de premissas necessárias para o exame do tema, à luz das técnicas da análise sistemática do direito.

¹¹ Relatora Ministra Carmem Lúcia.

¹² *Limits à faculdade de o juiz suspender a ação cível em face da ação penal – Art. 110 do CPC* – Márcio Medeiros Furtado RT 717/62, p. 62/64.

¹³ *Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira, (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 11 e ss.*

1. A saúde suplementar no Brasil e seus respectivos microssistemas

Antes de examinar o sistema da saúde suplementar no Brasil e seus respectivos microssistemas, cabe situá-la no sistema maior a que está inserida, à luz das ponderações formuladas na introdução.

Como se colhe da norma inserida no art. 196, da Constituição Federal, ao estado incumbe prestar assistência à saúde de forma ilimitada aos cidadãos, permitindo-se à iniciativa privada atuar no mercado regulado denominado de assistência suplementar à saúde (art. 199, da CF).

A par disso, o mercado de saúde suplementar se encontra ao lado do sistema único de saúde que detém o dever, por imposição constitucional, de promover a assistência ilimitada à saúde dos brasileiros.

Um dos principais motivos a reputar necessário regular o mercado de saúde suplementar, conforme explicou de forma clara e precisa o Ministro Marco Aurélio, é a necessidade de se fiscalizar a capacidade econômico-financeira da operadora, a garantir o cumprimento das obrigações assumidas perante os beneficiários dos serviços.

Assim, no âmbito do sistema da saúde suplementar, temos três microssistemas, conforme classificação que se colhe da lei 9.656 de 3 de junho de 1998: o dos planos de saúde individuais, dos planos coletivos por adesão e dos planos coletivos empresariais. Comum a todos esses microssistemas, tem-se a agência nacional de saúde, as operadoras de planos de saúde e os prestadores integrantes da rede credenciada, ou seja, partícipes integrantes do sistema maior.

O microssistema dos planos de saúde individuais é composto apenas pelos beneficiários que contratam diretamente com operadora os serviços de assistência suplementar à saúde. Nos planos coletivos por adesão existem, além do beneficiário, a administradora do plano de saúde e a entidade de classe à qual o beneficiário deve estar vinculado. E nos planos de saúde empresariais existem, além dos beneficiários e da operadora, a empresa estipulante, que contrata os serviços em favor de seus sócios ou funcionários e respectivos dependentes.

Na tarefa de identificar adequadamente as funções desempenhadas pelos partícipes do sistema em questão, uma das mais intrincadas

questões é identificar com clareza o âmbito de competência exclusiva da agência reguladora.

Não existem dúvidas de que a competência da agência reguladora, de fiscalizar parte¹⁴ das atividades da operadora de plano de saúde, é concorrente com órgãos como os PROCONs ou o Ministério Público. A questão colocada com maior complexidade está em saber se o Poder Judiciário pode se imiscuir em decisões técnicas discricionárias da agência reguladora como, por exemplo, na forma de edição e periodicidade de atualização do rol de procedimentos obrigatórios editado pela ANS ou os critérios técnicos adotados pela agência para compor o índice de reajuste anual dos planos individuais.

É o que se denominou de “políticas regulatórias”, assim explicadas nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

(...) as políticas regulatórias são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor, com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição das políticas regulatórias envolve a ponderação a respeito da necessidade e intensidade da intervenção. Envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais¹⁵.

Disso decorre que ao judiciário é vedado ingressar no âmbito da discricionariedade técnica das agências reguladoras, devendo se resumir em examinar a legalidade formal e material do arcabouço normativo regulatório, conforme exposto pelo Ministro Edson Vidigal, no AgRg interposto na suspensão de liminar 163-PE:

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, se a prestadora de serviços deixar de ser devidamente resarcida dos custos e despesas decorrentes

¹⁴ Parte das atividades porque para algumas questões a fiscalização compete apenas à agência reguladora, como é o caso do acompanhamento da saúde financeira da operadora.

¹⁵ *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2005, p. 87-88.

de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços¹⁶.

Isso, por uma razão bastante simples, que foi assim sintetizada por Marcos Juruema Villela Souto: *os juízes são generalistas e os reguladores especialistas*¹⁷.

Mas, para além disso, existe uma distorção sistêmica grave oriunda da interferência, como visto indevida, do Poder Judiciário, no âmbito de discricionariedade técnica das agências reguladoras. É que a implementação de políticas públicas, ainda que deficiente, visa *a estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria na qualidade de vida compatível com a dignidade humana*¹⁸.

Ocorre que quando o Poder Judiciário interfere de modo pontual na política pública, esse conceito de equidade se esvai. Especialmente se considerarmos que, via de regra, aquele que tem acesso à justiça não faz parte da classe mais excluída. Esse é um fenômeno muito comum em demandas públicas decorrentes de falhas estruturais e, conforme apontou o eminentíssimo Ministro Og Fernandes:

*Nos processos estruturais, a pretensão deve ser considerada como de alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos, em vez de se buscar solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada pode resultar em intervenção até mais grave na discricionariedade administrativa que se pretenderia evitar ao prestigiar as ações individuais*¹⁹.

¹⁶ STJ, Corte Especial, julgado em 19.12.2005.

¹⁷ *Direito administrativo regulatório*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 377.

¹⁸ DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

¹⁹ STJ, 2^a Turma, REsp 1.733.412/SP, julgado em 17.9.2019.

Sobre o assunto, pertinente ainda trazer as ponderações do Ministro Mauro Campbell Marques, no sentido de que: *Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo*²⁰.

Com essas considerações, podemos delimitar os microssistemas que orbitam o universo da saúde suplementar. De modo geral, todos os planos de saúde atualmente se submetem aos ditames da agência reguladora, de um lado, estando expostos, ainda, aos comandos emanados pelos tribunais, sob a égide da lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor.

Abaixo desse organograma, tem-se divisões decorrentes dos tipos de planos de saúde existentes: individuais, coletivos empresariais e por adesão. Cada qual tem atores próprios, dentro de seus respectivos microssistemas.

A maior conclusão a que se pode chegar é que a atuação do Poder Judiciário não deve se dar de forma concorrente com a agência reguladora, se não, de modo suplementar. Vale dizer, à agência reguladora cabe editar normas técnicas e fiscalizar o cumprimento por parte das operadoras, autuando aquelas que estiverem adotando práticas irregulares.

Ao Poder Judiciário, por outro lado, cabe examinar a atuação da operadora e também da própria agência reguladora, em face do ordenamento jurídico positivado e tido como válido, dentro da lógica desse sistema. Vale repetir uma vez mais: ao Poder Judiciário não cabe adentrar nas questões deliberadas a partir da discricionariedade técnica que o próprio ordenamento jurídico confere às agências reguladoras.

2. As problemáticas que afetam a sustentabilidade do setor e os equívocos cometidos pelos Tribunais, nas tentativas de solucioná-los, e que acabam por agravá-los

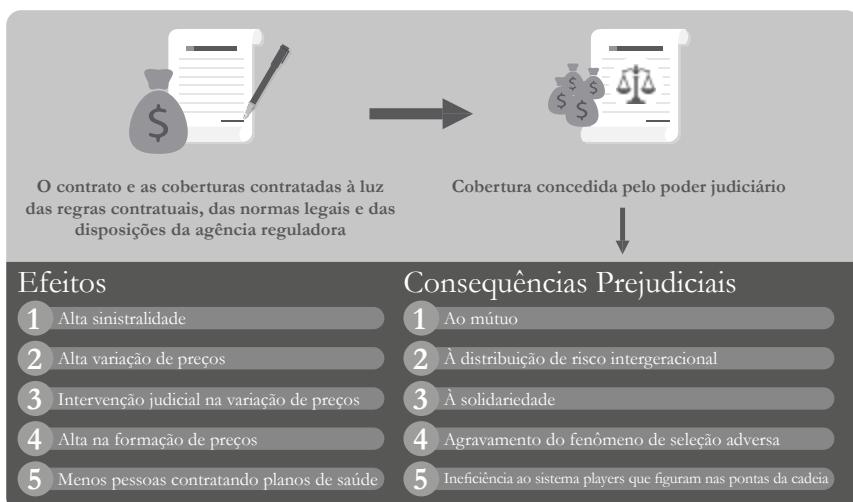
Sem embargo das considerações formuladas no capítulo anterior, o exame de decisões judiciais sobre o assunto revela uma interferência excessiva e absolutamente indevida do Poder Judiciário, em questões

²⁰ STJ, 2^a Turma, REsp 1.171.688/SP, julgado em 1º.6.2010.

deliberadas a partir da discricionariedade técnica detida pela agência reguladora.

É claro que essa interferência ocorre através de lacunas do sistema, vale dizer, através de problemáticas que assolam o Poder Judiciário que, por sua vez, se vê compelido a adotar decisões, muitas vezes num cenário que importa em efetivo risco de vida do beneficiário.

O que temos insistido em sustentar é que não se pode pretender solucionar um problema, criando outro. E a maior consequência que se obteve com essa grande interferência do Poder Judiciário nos contratos de assistência suplementar à saúde foi um incremento enorme na sinistralidade, que acarretou a aplicação de reajustes recrudescidos, guiados pelo princípio do mutualismo. Além de agravar o problema da judicialização, também trouxe outros fatores de seleção adversa, aumento à formação do preço e diminuição dos contratantes de planos de saúde, conforme demonstrado em estudo que tivemos a honra de apresentar no seminário “Transformação Digital na Saúde”, promovido pelo IESS em 11 de dezembro de 2019 e cujas conclusões são ilustradas pelo gráfico a seguir:



Como se vê, a intervenção judicial excessiva nos planos de saúde tem o condão de agravar os problemas do setor. E a maior demonstração disso é a relação de proporção que existe entre o

aumento do número de operadoras em processo de liquidação e a elevação de demandas envolvendo planos de saúde²¹.

Essa prejudicialidade sistêmica é bastante evidente. Como se sabe, os planos de saúde adotam o mesmo sistema de mutualismo que os seguros em geral, e que consiste num regime financeiro de repartição²².

Tratando dos seguros em geral, tivemos a oportunidade de demonstrar que *a informação e o conhecimento são os instrumentos por exceléncia para determinar o projeto de asseguramento*²³.

Esse apontamento denota que, além das problemáticas já destacadas, a intervenção judicial, feita através de jurisprudência com enorme nível de oscilação e de ativismo judicial, com constantes invasões à esfera técnica da agência reguladora, causa ainda nefastos e deletérios efeitos oriundos da insegurança jurídica que assola o setor, afetando sobremaneira o nível de confiança das informações e conhecimentos disponíveis aos agentes do mercado, tão necessários ao correto exercício das técnicas atuariais adotadas no estabelecimento do preço dos planos de saúde.

Pertinente, neste particular, as ponderações alinhavadas pelo Ministro Marco Aurélio Mello:

2. A segurança jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Por isso, cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos de consumidor, mas sem caminhar para o paternalismo jurídico ou a equiparação entre o Sistema Único de Saúde e o setor de saúde suplementar, segmentos que, embora atuantes na mesma seara, submetem-se a regimes jurídicos próprios.

²¹ Em busca no sítio da ANS, constata-se que de janeiro de 2015 a janeiro de 2020 foi decretada a liquidação de 236 operadoras.

²² CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira *in Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 71.

²³ ARBACHE, Henrique Pires. *Assimetria de informações e teoria dos jogos no seguro*. Disponível em <http://www.oabjabaquara.org.br/assimetria-de-informacoes-e-teoria-dos-jogos-no-seguro/>, acessado em 9.1.2020.

3. A viabilidade financeira das operadoras de planos de saúde é indispensável para que o funcionamento seja autorizado. Por consequência, deve-se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que disciplinam as obrigações atinentes às partes. Isso inclui o respeito – tanto pelas operadoras quanto pelos beneficiários – às regras alusivas aos reajustes e às revisões contratuais bem como aos limites da cobertura passíveis de negociação²⁴.

E se não bastasse, a intervenção judicial, seja para alargar a cobertura contratada ou para controlar a variação de preços, representa controle de preços pelo Estado, cuja vedação é corolário do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição Federal.

Sobre essa prática, alerta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

(...) largamente utilizada no autoritarismo econômico, durante várias décadas neste País, mas tão prejudicial à competição, tão incompatível com uma política de desenvolvimento (hoje, princípio constitucional – art. 3º, II), tão perigosa pelas distorções que gera (como nos casos dos planos ‘Cruzado’ e ‘Verão’), teve seu fim, com muito atraso, na Constituição de 1988²⁵.

Luis Roberto Barroso, hoje Ministro do STF, debruçou-se sobre o tema e concluiu que:

A livre iniciativa é princípio fundamental do Estado e é da sua essência que os preços de bens e serviços sejam estabelecidos pelo mercado. Como consequência, o controle prévio de preços não é admitido no ordenamento constitucional brasileiro como uma política pública regular²⁶.

Dessa feita, percebe-se que é hora de o Poder Judiciário analisar a questão com mais coerência, pois as consequências econômicas decorrentes de posicionamentos advindos de interferências

²⁴ *Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro*. In Luiz Augusto Ferreira Carneiro [org. e coord.]. Ob. Cit, p. 15.

²⁵ *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Associação Promotora de Estudos da Economia, 1989, p. 69.

²⁶ in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 212.

descabidas prejudicam, em última instância, de maneira bastante séria, justamente aquele que, em tese, essas interferências procuram proteger: o consumidor.

3. O julgamento do recurso especial

Atento às nefastas consequências aludidas no estudo mencionado no capítulo anterior, considerando, de um lado, que as coberturas implementadas pelo rol mínimo aprovado pela ANS e revisado de dois em dois anos constituem um critério razoável, levado a efeito através do exercício da discricionariedade técnica da agência reguladora, e de outro lado que o alargamento indevido das coberturas causa aumento no preço dos contratos novos, restringindo à sociedade o acesso aos serviços de assistência suplementar à saúde, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, proclamou que devem ser respeitadas a listagem de procedimentos editada pela ANS, assim como as respectivas diretrizes de utilização, colhendo-se, no seguinte trecho, fundamento que encampa essas preocupações sistêmicas maiores: (...) representaria, na verdade, negar a própria existência do 'rol mínimo' e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais ampla faixa da população²⁷.

Esse julgamento, além de endossar as problemáticas ora destacadas, reacende uma reflexão importante ao sistema de saúde suplementar como um todo: o rol editado pela ANS seria exemplificativo ou taxativo? Seria ainda possível aplicar a figura inaugurada pelo STJ no julgamento do REsp. nº 1.696.396 - MT (taxatividade mitigada).

Em nossa avaliação, essa é a típica discussão que se mostra completamente vazia e que se afasta das finalidades do direito. Conforme já apontado, a competência da ANS para definir a cobertura básica dos planos de saúde foi outorgada expressamente por lei federal. Diante disso e da edição do rol de procedimentos mínimos, grande parte dos contratos comercializados pautam a sua cobertura precisamente nessa lista de eventos e procedimentos em saúde. Todavia, existem operadoras que oferecem produtos com coberturas superiores ao rol de procedimentos básicos editado pela ANS e, evidentemente, isso tem reflexo no preço praticado.

²⁷ Trecho extraído da notícia divulgada no portal do STJ: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quarta-Turma--lista-de-procedimentos-obrigatorios-da-ANS-nao-e-apenas-exemplificativa.aspx>, acesso em 19.12.2019.

O consumidor que contrata um plano de saúde, atrelado ao rol da ANS, assim o faz por pretender pagar um preço mais barato. E, como se sabe, o “*escopo do contrato é permitir obter um ganho recíproco*”²⁸. Por isso, para que as pessoas possam desfrutar de liberdade de contratar aquilo que melhor se adequa às suas necessidades pessoais.

A ciência, por meio dos microssistemas que estudam os fenômenos econômicos, comprova que os bens e serviços são transferidos na sociedade àqueles que mais os valorizam. Transpondo essa máxima ao assunto em questão, é de se concluir que as pessoas que contratam planos de saúde atrelados à cobertura mínima do rol da ANS valorizaram mais a redução no preço do que o aumento da cobertura. Ao revés, quem contrata plano de saúde com cobertura superior àquela deliberada no rol da ANS como mínima, valoriza mais o acréscimo na cobertura do que a redução do preço, que ocorreria se o plano contratado tivesse a cobertura atrelada estritamente ao que prevê o rol da ANS.

Ao alargar a cobertura de forma indiscriminada, o Poder Judiciário acaba por afetar a liberdade de decisão das partes, já que esse alargamento tem suas consequências no preço tanto aos consumidores que pugnaram por ele, quanto àqueles que se contentaram com a cobertura efetivamente contratada, afastando-se da máxima de que o *direito dos contratos deve permitir que as pessoas obtenham o que desejam*²⁹.

Sobre a atualização do rol, colhe-se nos pareceres técnicos emanados por órgãos da ANS (GEAS/GGRAS/DIPRO) que:

Lembramos que o Rol de Procedimentos é, periodicamente, submetido a atualizações. Neste sentido, convém ressaltar que as revisões periódicas são antecedidas por amplos debates no Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde – COSAÚDE. Esse fórum de discussão conta com a participação de representantes de consumidores, de prestadores de serviços de saúde, de operadoras de planos privados de assistência à saúde, de conselhos de profissionais de saúde, de sociedades médicas e do corpo técnico da ANS.

Após os debates no âmbito do COSAÚDE, todas as propostas consideradas pertinentes são consolidadas pela ANS em uma

²⁸ MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn (trad.). 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, P. 405.

²⁹ GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust, Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006, P. 333.

minuta de RN para atualização do Rol. Tal documento é então submetido a Consulta Pública, ocasião em que toda a sociedade tem a oportunidade de colaborar com o aprimoramento das regras de cobertura.

Todas as contribuições advindas da participação social são analisadas por técnicos da Agência, que, quando cabíveis, podem promover alterações na minuta do normativo. Após tais adequações, a minuta da norma de atualização do Rol é encaminhada à Diretoria Colegiada da ANS para deliberação, que, entendendo necessário, pode indicar novos ajustes, encaminhando em seguida, para publicação no Diário Oficial da União – DOU.

Vale enfatizar que, para incluir ou excluir itens do Rol, ou para alterar os critérios de utilização (Diretrizes de Utilização – DUT) dos procedimentos listados, a ANS leva em consideração estudos com evidências científicas atuais de segurança, de eficácia, de efetividade, de acurácia e de custo efetividade das intervenções. Deste modo, os procedimentos incorporados são aqueles nos quais os ganhos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS.

No processo de atualização do Rol, são ponderados, ainda, outros critérios, tais como a disponibilidade de rede prestadora para a realização dos procedimentos e a aprovação pelos conselhos profissionais quanto ao uso do procedimento.

É relevante esclarecer que as operadoras de planos de saúde poderão oferecer, nos termos do art. 2º, da RN nº 428, de 2017, cobertura maior do que a garantida pelo Rol da ANS, seja por sua iniciativa, seja por expressa previsão contratual.

Como bem se vê, existe uma nítida preocupação sistêmica da ANS, ao pautar a inclusão e exclusão de procedimentos e eventos do rol de cobertura básica em estudos com evidências científicas e custo-benefício com a alteração sugerida.

Não se pretende escamotear as muitas mazelas que assolam não apenas a ANS como todas as agências reguladoras do país, as quais sofrem grandes influências políticas. O que se busca alertar é que não se pode solucionar um problema, criando outro que, se não for por si maior, somado ao primeiro trará apenas agravamentos.

Adotadas as técnicas e regras da análise sistêmica, a única alternativa é solucionar o problema em si, fazendo com que aquela engrenagem do microssistema volte a funcionar a contento, cumprindo assim o papel a que foi designada e que tanto o microssistema quanto aquele

maior a que este esteja inserido necessitam para o funcionamento correto do todo.

Vale dizer, se o rol de procedimentos mínimos editado pela ANS ou as fórmulas de reajustes, seja de planos individuais, familiares ou coletivos, apresentam deficiências, o que deve ser feito é enfrentar e solucionar essas problemáticas. Simplesmente desconsiderar a limitação de cobertura ou as fórmulas de reajustes necessários ao equilíbrio contratual, causa o colapso sistêmico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas verificados no microssistema da assistência suplementar à saúde, muitos relacionados à atuação da agência reguladora, precisam de solução. Todavia, não é com excessiva intervenção judicial, inclusive nas questões afetas à discricionariedade técnica da referida agência, que isso será atingido. Pelo contrário, essas práticas apenas agravam e criam novos problemas, colocando em risco não só o microssistema em questão, mas também o próprio sistema público de saúde.

Com um menor número de pessoas beneficiárias de planos de saúde, o sistema público, que sempre funcionou em condições indesejadas, se mostra cada vez mais superlotado. Ou seja, o comprometimento do sistema de assistência suplementar à saúde afeta o sistema público de saúde e compromete a oferta de tratamentos e procedimentos médicos como um todo, na sociedade brasileira.

É por isso que deve sempre existir uma preocupação sistêmica em bem acomodar os interesses do mercado e do consumidor, respeitando-se o papel destinado a cada um dos agentes públicos que dele participam, tendo como finalidade o estímulo dos negócios voltados à assistência suplementar à saúde, para que as pessoas com melhores condições possam se valer do benefício, e o SUS possa atender a contento a parcela realmente necessitada da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018;

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. A. Menezes Cordeiro (trad.). 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira, (coord.). *Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012;

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust, Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006;

LUHmann, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009;

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn (trad.). 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2005;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Associação Promotora de Estudos da Economia, 1989;

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, de sua Metodologia e Outros*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995;

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Leonidas Regenberg e Octanny Silveira da Mota (trads.). São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1993;

SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Direito administrativo regulatório*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

O direito de regresso das seguradoras em face das concessionárias de distribuição de energia elétrica nos seguros de danos elétricos

Nicole Sanábio Einsfeld¹

Resumo: Este trabalho apresenta um breve estudo sobre contrato de seguro de danos elétricos, centrando-se na análise do direito de subrogação das empresas seguradoras em face das concessionárias de serviço de distribuição de energia elétrica, para reaverem as importâncias pagas aos segurados nos casos de danos decorrentes de instabilidades no fornecimento da eletricidade, como forma de concretização do princípio da reparação integral contido nos artigos 944 e 786 do Código Civil, à luz da teoria do risco administrativo e da Resolução Normativa nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Abstract: This project carries out a brief study on the electricity damage insurance contract, focusing on analysis of the right of subrogation of insurance companies vis-à-vis the electricity transmission service concessionaires to recover the sums paid to the insured in cases of damage resulting from instabilities in the supply of electricity, as a means of implementing the principle of full reparation contained in articles 944 and 786 of the Brazilian Civil Code, in light of the theory of administrative risk and Normative Resolution nº 414/2010 of the National Electric Energy Agency - ANEEL.

Palavras-Chave: Seguro de Danos Elétricos. Direito de Sub-rogação. Concessionárias de Energia Elétrica. Responsabilidade Objetiva. Direito de Regresso.

Key word: Electricity Damage Insurance. Right of Subrogation. Electricity Transmission Concessionaires. Strict Liability. Rights of Recovery.

¹ Pós-graduanda em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Escola Brasileira de Direito. Advogada.

1. Introdução:

A presente pesquisa versa sobre o direito de sub-rogação das empresas seguradoras em face das concessionárias de serviço de distribuição de energia elétrica, no âmbito de execução dos contratos de seguro de danos, para reaver das concessionárias as importâncias pagas aos segurados nos casos de danos decorrentes de instabilidades no fornecimento de energia elétrica.

Ao longo do texto, é realizada análise sobre propositura de demandas de regresso ajuizadas pelas seguradoras em face das concessionárias de energia elétrica, diante da crescente contratação da modalidade de seguro para danos elétricos. Observa-se presentemente, no Brasil, como consequência da precariedade de instalações de fornecimento de energia elétrica e insuficiência de manutenção preventiva das redes de distribuição no Brasil, um significativo aumento das demandas regressivas, justificando-se a pertinência temática e interesse para investigação do tema.

Parte-se das seguintes indagações: poderá a seguradora ajuizar ação de regresso em face das concessionárias de fornecimento de energia elétrica para reaver a importância que houver pago ao segurado em razão do sinistro? Qual será o regime de responsabilidade da concessionária perante a seguradora? O regresso será exercido na integralidade do montante pago pela seguradora ao segurado? Esses são alguns questionamentos assumidos como ponto de partida para o desenvolvimento desse estudo.

Assim, o presente trabalho propõe-se a analisar as hipóteses em que as seguradoras poderão ajuizar ação de regresso para reaverem das concessionárias os valores correspondentes ao equipamento elétrico substituído ou, quando impossível a substituição, para o resarcimento correspondente à indenização paga.

Justifica-se a exploração do tema, ainda, considerando-se a complexidade teórica da sub-rogação legal e pessoal contida no artigo 786 do Código Civil Brasileiro, que foi além do que dispõe a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal², e a análise da doutrina quanto aos

² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Súmula 188. Enunciado sumular celebrado à luz do Código Civil de 1916, 13 dez. 1963. STF, [S.I]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3510>> Acesso em: 21 mar. 2020.

efeitos da referida sub-rogação e em que medida esta se diferencia do direito de regresso.

No mais, justifica-se o tema para examinar em que medida o Código Civil Brasileiro veda as hipóteses de atos do segurado que possam diminuir ou extinguir, em prejuízo do segurador, os direitos de sub-rogação, uma indagação aparentemente já solucionada pela dicção literal do parágrafo segundo do artigo 786, mas que, na prática forense, ainda apresenta desafios renovados nos contratos de seguros.

Por estas razões, abordar-se-á o contrato de seguro de danos elétricos, sua estrutura e função, o direito de sub-rogação do segurador em face do autor do dano e, finalmente, a modalidade de seguro de danos elétricos, para que seja verificada a possibilidade de ajuizamento de ação de regresso, a legitimidade da seguradora, bem como o regime de responsabilidade civil que deverá ser aplicado à concessionária de distribuição de energia elétrica nos casos concretos.

2. Contratos de Seguro: Estrutura e Função:

Com o advento do Código Comercial Brasileiro – Lei nº 556 de 25 de junho de 1850, o contrato de seguro apareceu em grande escala no Brasil e, com a evolução da sociedade, da tecnologia e da economia, a securitização das atividades produtivas demonstrou-se como uma das ferramentas para se diminuir a incerteza que recaía sobre o risco³.

Assim, tornou-se relevante esta modalidade de contratação, visto o significante aumento de danos das mais variadas modalidades e o alargamento da complexidade de atividades tecnológicas e empresariais, que expõem o agente a diversos tipos de riscos antes não assistidos em estruturas empresariais menos complexas⁴.

³ *Desde tempos imemoriais, a solidariedade figura como instrumento imprescindível à composição das diferentes formas possíveis para minimizar os efeitos negativos do implemento de um risco, seja a partir da sua diluição ou socialização, seja através da transferência de suas consequências econômicas para que, por sua atividade o produziu ou, esteja melhor preparado para suportá-lo.* (RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima.* In TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil – vol. II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 45).

⁴ Conforme pode ser verificado através do 7º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados realizado no dia 30 de maio de 2019 pela Coordenação de Apoio à Gestão Estratégica da

O Código Civil Brasileiro de 1916 representou significativo avanço legislativo no campo dos contratos securitários, ao disciplinar com maior rigor entre os artigos 1.432 e 1.476, estipulando direitos e obrigações de segurado e segurador, com o finco de evitar – e também de solucionar – conflitos decorrentes da execução do contrato de seguro.

O avanço legislativo, assim, trouxe segurança jurídica que permitiu maior desenvolvimento do segmento de seguros de danos no Brasil. Segundo relatório da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), as receitas totais com essa modalidade de seguros passaram de R\$ 50 milhões de reais por ano, em 2003, para R\$ 250 milhões/ano, em 2018⁵.

O contrato de seguro, atualmente, é regulado pelos artigos 757 ao 802 do Código Civil Brasileiro. Neste Art. 757 é disposto 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*⁶. No mesmo sentido, ao conceituar o contrato de seguros, entende Maria Helena Diniz que *é aquele pelo qual uma das*

Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em 2003 o setor possuía 2,59% de participação no produto interno bruto (PIB) e, na data da elaboração do relatório, possuía uma participação de 3,6%, com potencial para atingir valores de 6% a 10%. Assim, pode ser verificado significante aumento, nas últimas décadas, do volume de transações econômicas de seguros de danos no Brasil. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf> Acesso em: 21 abr. 2020.

Afirma-se que hoje o enfrentamento dos riscos sociais e a concretização dos anseios por segurança pressupõem uma solidariedade global sistêmica, suficientemente abrangente para comportar uma sociedade complexa, dinâmica e diversificada, na qual a diferença não se baseia na especiação oriunda da divisão social do trabalho, mas sim atrelado ao pluralismo social. O lócus para o desenvolvimento da solidariedade global é o Estado Social de Direito. (RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Op. cit.*, p. 55).

⁵ 7º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados, editado pela SUSEP - Superintendência de Seguros Privados. Rio de Janeiro: Susep, 30 mai. 2019, p. 5. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf> Acesso em: 21 abr. 2020.

⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 fev. 2020.

partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros previstos no contrato⁷.

Sendo assim, pode-se afirmar que o contrato de seguro é um contrato típico, que possui por objeto interesse legítimo da pessoa segurada em riscos que são pré-determinados no contrato, tendo também especificada a extensão desta garantia e o prêmio que deverá ser pago. Quanto às características deste contrato, entende Washington de Barros Monteiro:

É da essência desses contratos a reciprocidade das prestações; o compromisso assumido por uma das partes encontra sua exata correspondência no compromisso da outra; esses compromissos são correlativos e intimamente ligados entre si; cada um dos contratantes se obriga a executar, porque outro tanto lhe promete o segundo contratante; o sacrifício de um é contrabalanceado pela vantagem advinda do outro⁸.

Nos termos do artigo 758 do Código Civil, o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio⁹. Outrossim, faz-se essencial o esclarecimento quanto à existência de duas modalidades de seguro: seguro de dano e seguro de pessoa.

No seguro de dano, o segurador deverá garantir coisas ou bens do segurado contra riscos que são predeterminados na apólice e afiguram-se como efeitos essenciais do contrato de seguro de dano a obrigação do segurador de garantir bens contra riscos predeterminados, em contraprestação ao pagamento do prêmio pelo segurado, sendo devida ao segurado indenização na hipótese de

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 4, p. 525. Ainda, conceitua Pablo Stolze Gagliano o contrato de seguro como o negócio jurídico por meio do qual, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse legítimo, assegura o direito de ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 741-742).

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, v. 5, p. 44.

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

*sinistro*¹⁰. Já no seguro de pessoa, ao contrário do primeiro, não se garantem bens patrimoniais, visto que o bem segurado é a vida do indivíduo ou sua incolumidade física. Por esta razão, seu valor pode ser estipulado livremente pelas partes.

O segurado tem como obrigação principal estipulada no contrato a de pagar o prêmio e, o segurador, por sua vez, assume a responsabilidade de realizar o pagamento da contraprestação devida em caso de ocorrência do sinistro, conforme estipulado nas cláusulas contratuais, havendo a assunção do risco como resultado da obrigação¹¹. Essas são, portanto, as características dogmáticas essenciais do contrato de seguro e, com a expressa previsão de todos os direitos e obrigações das partes, forma-se o equilíbrio econômico-financeiro e sinalagmático do contrato de seguro.

Nos termos do artigo 422 do Código Civil *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*¹². Assim, deve sempre existir entre as partes que contrataram, quais sejam o segurador e o segurado, a obrigação do respeito ao princípio da boa-fé objetiva¹³, que assume

¹⁰ KONDER, Carlos Nelson. Contratos / Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira; organização Gustavo Tepedino – 1^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 (*Fundamentos do direito civil*), p. 476.

¹¹ O artigo 757 do Código Civil prevê que *pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados*. Conforme concluído por Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, *pode-se afirmar, nessa direção, que o segurador assume a obrigação mediante pagamento do prêmio, de garantir interesse legítimo do segurado, atinente à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados. Cuida-se de prestação de garantia, a qual existe independentemente do desembolso patrimonial por parte do segurador em favor do segurado.* (KONDER, Carlos Nelson. Ibidem, p. 445).

¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

¹³ *A boa-fé objetiva exige comportamento positivo, em decorrência de deveres anexos e conduta, para propiciar à contraparte os elementos de valoração das circunstâncias contratuais, mensurando os riscos que incidem sobre a contratação, com vistas ao alcance da finalidade econômica definida pelo sinalagma contratual. Diz-se, com efeito, que o seguro é um contrato de estrita boa-fé, ou de boa-fé qualificada, pois a formação e execução do contrato de seguro demandam especial cooperação entre os contratantes. Trata-se, aqui, não somente da boa-fé subjetiva, caracterizada pelo estado anímico da parte, mas*

papel de destaque no âmbito contratual, especialmente na execução do contrato de seguro, devendo ser imposta às partes deveres anexos de boa-fé objetiva, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual¹⁴.

Nos contratos securitários, essa posição de relevância importância assumida pela boa-fé objetiva consubstancia-se na formação da chamada Cláusula perfil. Cláusula perfil, ou questionário de avaliação do risco, que *nada mais é que a parte integrante e inseparável da apólice de seguro, e nele encontram-se reproduzidas todas as questões apresentadas pelo segurador no momento da confecção da proposta de seguro, e as respectivas respostas oferecidas ao segurado*¹⁵.

Cuida-se de ferramenta através da qual o segurador irá investigar o padrão de comportamento do segurado e, consequentemente, irá delimitar a extensão de seu risco. Por consequência, é fundamental que o segurado aja de boa-fé ao realizar o preenchimento do mencionado formulário¹⁶.

também da boa-fé objetiva, que impõe às partes deveres de informação, cooperação, transparência e lealdade contratual. (KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.* p. 465-466).

¹⁴ BRASIL. Enunciado nº 170 da III Jornada de Direito Civil. A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato. *Conselho da Justiça Federal*, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/302>> Acesso em: 29 mai. 2020.

¹⁵ DAHINTEN, Augusto Franke. *Cláusula perfil: anotações acerca da negativa securitária à luz da jurisprudência* / Augusto Franke Dahinten, Bernardo Franke Dahinten, Thiago da Rosa Gabbardo. Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais Sul vol. 4/2014, mar-abr/2014, vol. 5/2014, mai-jun/2014, p. 4.

¹⁶ *Isso, pois, a seguradora, ao receber a proposta do segurado, e antes de decidir pela aceitação ou não da garantia, analisa os riscos, os calcula e precisa. A avaliação dos riscos, contudo, só se mostra possível a partir do repasse de informações pelo (pretenso) segurado, o que se dá na formulação da proposta. (...) Daí a importância de o (possível) segurado ser o mais honesto e preciso possível quando do repasse destas informações, basta vista serem estas, conforme explicitado, fundamentais e determinantes para o correto dimensionamento e a adequada especificação do risco a ser coberto.* (SERINE, Rodolfo José Sanchez. *Cláusula-perfil no seguro de automóvel: abusiva ou limitativa de direitos*. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Privado vol. 91/2019, jul/2018, p. 14).

No julgado abaixo, pode ser verificado que a cláusula perfil não foi preenchida com informações corretas em um contrato de seguro de veículo, acarretando o entendimento pela ausência de boa-fé do segurado e ensejando perda do direito à cobertura do seguro:

SEGURO DE VEÍCULO. REPARAÇÃO DE DANOS. DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES NA CLÁUSULA PERFIL. R. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PAI QUE FORMALIZA CONTRATO DE SEGURO DO VEÍCULO DE SEU FILHO, DECLARANDO-SE COMO PRINCIPAL CONDUTOR DO MESMO E VALENDO-SE DE BÔNUS ADQUIRIDOS EM CONTRATO ANTERIOR. CONJUNTO PROBATÓRIO AMPARADO POR DECLARAÇÕES DO PRÓPRIO SEGURADO QUALIFICADO COMO CONDUTOR PRINCIPAL INDICANDO QUE, EM VERDADE, O PRINCIPAL CONDUTOR SERIA SEU FILHO, PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO SEGURADO. INFORMAÇÕES INCORRETAS POR OCASIÃO DO PREENCHIMENTO DA CLÁUSULA DE PERFIL. FILHO MAIS JOVEM QUE O PAI, DEMAIS DISSO, PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA NO PREENCHIMENTO DA CLÁUSULA PERFIL QUE ENSEJA PERDA DO DIREITO À COBERTURA, ANTE O AGRAVAMENTO DE RISCO NÃO COMUNICADO. NEGATIVA DE COBERTURA QUE SE AFIGURA LEGÍTIMA NO CASO CONCRETO. RECURSO DOS AUTORES NÃO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00123748220098260309 SP 0012374-82.2009.8.26.0309, Relator: Des. Alexandre Bucci, Data de Julgamento: 10/07/2014, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/07/2014, grifou-se)¹⁷.

Desta maneira, trata-se de mais uma forma de resguardo da empresa seguradora por uma eventual omissão de informação e/ ou informação incorreta dada pelo segurado. Assim, juntamente com o artigo 422, deve ser analisado o artigo 765 do Código Civil, no qual há a previsão de que *o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e*

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 36ª Câmara de Direito Privado. Apelação. Processo nº 0012374-82.2009.8.26.0309. Relator: Des. Alexandre Bucci. São Paulo, julgamento em 10 de julho de 2014.

*veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes*¹⁸.

2.1. Aspectos Relevantes do Contrato de Seguro: Prêmio, Risco, Indenização e Apólice:

O seguro¹⁹ é uma espécie contratual que transfere risco do segurado ao segurador e, por esta razão, é formado por elementos especiais que devem estar presentes na formação de todo e qualquer contrato dessa espécie, quais sejam: prêmio, risco, apólice e indenização. Ato contínuo, para um contrato de seguro ser provado, faz-se necessária a exibição da apólice ou, se for o caso, do bilhete de seguro, na forma do artigo 758 do Código Civil²⁰. Nestes documentos sempre estarão especificados os riscos que serão assumidos, a vigência do seguro, a extensão e o limite da garantia e o prêmio devido.

O segurador, mediante o recebimento do prêmio, deverá suportar o risco e, consequentemente, assumirá o pagamento de uma indenização, caso haja evento danoso. Já o segurado paga o prêmio à seguradora – garantia pecuniária – para ter direito a uma indenização em caso de ocorrência de sinistro por consequência do risco garantido e previsto no contrato. De acordo com a definição da SUSEP, o prêmio é o valor que o segurado paga à seguradora pelo seguro para transferir a ela o risco previsto nas Condições Contratuais. Pagar o prêmio é uma das principais obrigações do segurado²¹.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

¹⁹ Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-las. Frise-se que em se tratando de contrato de seguro, o segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado. Da mesma forma, o agravamento do risco pode servir de preceito ao não pagamento do sinistro, haja vista o desequilíbrio da relação contratual, onde o segurador receberá um prêmio inferior ao risco que estará cobrindo, em desconformidade com o avençado. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 419).

²⁰ Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.

²¹ SUSEP. Perguntas mais frequentes sobre seguros. *Susep*, [S.I]. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-seguros-1/>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

Em outros termos, o prêmio²² é uma contribuição preestabelecida no contrato, que o segurado paga em troca da securitização do risco. A quantia é determinada a partir de cálculos que analisam a probabilidade de ocorrência do risco em questão e o pagamento do prêmio deve ser realizado ao segurador independentemente da verificação do risco. Necessário ressaltar que, caso o pagamento do prêmio não seja realizado, há previsão expressa no artigo 763 do Código Civil de que *não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação*²³.

Ademais, é de relevante importância no estudo dos contratos de seguro a análise do risco, caracterizado como um evento futuro e incerto. Pode ou não haver sua ocorrência e, caso ocorra, haverá diminuição patrimonial para quem suporta seus efeitos. O risco segurado deve estar

²² Interessante faz-se a análise do julgado a seguir que traz plenamente a conceituação de prêmio: *Agravo de instrumento. Seguro de vida com cobertura por invalidez. Termo a quo do prazo prescricional. Ciência inequívoca da invalidez. Requerimento administrativo que suspende o lapso prescricional. Demanda ajuizada em tempo hábil. Inocorrência de prescrição. Manutenção do decisum. O contrato de seguro é um contrato típico na sistemática do Direito pátrio, estando disciplinado no art. 757 e seguintes, do CC/02, onde se define este contrato como aquele pelo qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. De um lado, temos o segurador, que é a parte no contrato de seguro que, mediante o recebimento do prêmio, assume o risco e passa a ter como contraprestação pagar a “indenização” no caso da ocorrência do sinistro. De outro lado, temos o segurado, que é a pessoa física ou jurídica que tem interesse direto e legítimo na conservação da coisa ou pessoa, fornecendo uma contribuição periódica e moderada, isto é, o prêmio, em troca do risco que o segurador assumirá de, em caso de incêndio, abaloamento, naufrágio, furto, falência, acidente, morte, perda de faculdades humanas etc., indenizá-lo pelos danos sofridos.* (TJ-RJ, 3^a Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0023030-70.2019.8.19.0000 – RJ, Relator: Des(a). Renata Machado Cotta, julgamento em 27/08/2019).

²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Op. cit. Acesso em: 10 fev. 2020. Neste toar, o STJ entende pela aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato. Isto significa dizer que, para que haja a resolução de um contrato de prestações continuadas, deve haver significante inadimplemento. Este entendimento pode ser verificado através do voto do REsp 1.138.080-80 SP: SEGURO DE VEÍCULO. MORA DE SEGURADO. NÉCESSIDADE DE INTERPELAÇÃO PRÉVIA. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. 1. O inadimplemento de parcelas do prêmio não enseja o cancelamento da apólice, nem a suspensão dos efeitos do contrato de seguro, se não foi o segurado previamente interpelado pela seguradora a fim de constituir-lhe em mora. 2. Recurso conhecido e provido. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 4^a Turma. Recurso Especial nº 1.138.080-80-SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, julgamento em 01/02/2011).

expressamente previsto na apólice ou nas condições gerais do contrato de seguro e, durante a vigência do contrato, ele pode sofrer modificações com o consequente reajuste do prêmio, desde que haja concordância das partes.

Conforme os ensinamentos de Pedro Alvim, o risco é *acontecimento possível, futuro ou incerto, ou de data incerta, que não depende da vontade das partes*²⁴. O risco deve ser estipulado a partir de “cálculos atuariais” e através do valor do prêmio que o segurado deve pagar. Através deste cálculo é possível chegar a uma estimativa de um valor de pagamento pela seguradora, de suas despesas e seus lucros.

O risco poderá ser dimensionado a partir das informações que o segurado fornecerá ao segurador e, por esta razão, deve a conduta do segurado, ao informar qual seu perfil comportamental e quais são os elementos fáticos estar pautada pela boa-fé. Caso a boa-fé não seja observada pelo segurado, os artigos 764 e 756 do Código Civil estabelecem sanções:

o segurador que, ao mesmo tempo do contrato, sabe ter passado o risco de que o segurado pretende cobrir e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado e 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 vencido²⁵.

As referidas sanções podem ser consideradas como consequências do *duty to mitigate the loss*²⁶, traduzido como o dever de mitigar o dano, fazendo com que o segurado aja sempre de boa-fé, prestando seu dever de lealdade e de informação, auxiliando na diminuição dos danos que o segurador deverá cobrir e indenizar.

Ademais, é de suma relevância a indenização, considerada a importância paga pela empresa seguradora a título de reparação pelo dano sofrido e decorrente do risco do contrato, bem como previsto na apólice. Nos termos do artigo 776 do Código Civil Brasileiro, *o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa*²⁷.

²⁴ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 215.

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁶ Neste sentido, Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil: *O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*.

²⁷ *Ibidem*.

Por fim, a apólice é o documento que comprova o contrato, o que foi accordado entre os contratantes, a existência da obrigação do segurado de pagar o prêmio e a eventual indenização por parte da seguradora. Flávio Tartuce conceitua a apólice como *instrumento do contrato de seguro, contendo as regras gerais do negócio celebrado e devendo a sua emissão ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco (art. 759, CC)*²⁸.

2.2. O Seguro de Danos Elétricos:

O contrato de seguro de danos²⁹ é modalidade contratual que o mercado passou a comercializar de forma específica, tal como, por exemplo seguro residencial, seguro de automóveis e seguro de celulares.

O seguro residencial é um produto que oferece um conjunto de seguros em uma única apólice, ficando a critério do segurado a contratação destes e sendo destinado a residências individuais. Na apólice do seguro residencial estarão previstas informações essenciais deste seguro, tais como, seu objeto³⁰, coberturas

²⁸TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. 7^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 566.

²⁹ O contrato de seguro é distinguido em seguro de danos e seguro de pessoas. Conforme preconiza Anderson Schreiber: *O seguro de dano é aquele que se dirige a garantir o segurado contra danos que podem se abater sobre seus bens. No seguro de dano, preocupa-se o legislador, especialmente, em evitar que o segurado lucre com o infortúnio, restringindo o valor do seguro ao valor do bem segurado (arts. 778 e 781). O seguro de pessoas, por sua vez, destina-se a garantir certa quantia ao segurado em virtude de lesão sobre sua personalidade ou de terceiros, desde que demonstrado seu legítimo interesse. O seguro de pessoas é categoria que abrange espécies de relevo, como o seguro de vida e o seguro de acidentes pessoais.* (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo* – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020 p. 844-845).

³⁰ Trecho retirado da apólice de contrato de seguro residencial do Banco do Brasil: *OBJETO DO SEGURO*. O presente seguro comprensivo tem por objeto a garantia de indenização ao Segurado, referente a riscos relacionados com a sua residência identificada na Proposta de Seguro/Apólice/Certificado pela ocorrência dos riscos descritos e particularizados nestas Condições Gerais e nas cláusulas que regem as Coberturas Adicionais contratadas, mediante o pagamento de prêmio adicional, observados o Limite Máximo da Garantia e o Limite Máximo de Indenização por Cobertura contratada, fixados para cada uma na Proposta de Seguro/Apólice/Certificado, observada as disposições legais e demais condições contratuais aplicáveis e respeitado os riscos expressamente excluídos nas condições contratuais da apólice contratada. (BB SEGURO RESIDENCIAL. Condições Contratuais. Versão 2.2. Disponível em: <<https://www.bbseguros.com.br/seguradora/seguros/para-voce/seguro-residencial/seguro-residencial/condicoes.jsp>> Acesso em: 12 de mai. 2020).

médias³¹, dentre outras. Como regra de mercado, o contrato de seguro residencial pode ou não oferecer cobertura para danos elétricos, a depender das condições comerciais avençadas entre o segurado e o segurador. Essa cobertura é denominada pela prática comercial como *seguro de danos elétricos*.

O seguro para danos elétricos é, portanto, modalidade especial do contrato de seguro de danos, regulado com fulcro no artigo 2º, da Resolução Normativa nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

Art. 2º - Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

LXVIII – resarcimento de dano elétrico: reposição do equipamento elétrico danificado, instalado em unidade consumidora, na mesma condição de funcionamento anterior à ocorrência constatada no sistema elétrico ou, alternativamente, indenização em valor monetário equivalente ao que seria necessário para fazê-lo retornar à referida condição, ou, ainda, substituição por equipamento equivalente³².

O contrato de seguro de danos elétricos é uma espécie contratual adicional e possui como objetivo cobrir danos materiais diretos incorridos pelos segurados em razão de danos causados aos equipamentos, eletrodomésticos, aparelhos eletroeletrônicos e instalações elétricas do segurado que possam ter sido causados por fatores elétricos, tais como raios, descargas elétricas, oscilações de energia, dentre outros.

³¹ A título exemplificativo, a apólice de contrato de seguro residencial do Banco do Brasil prevê diversas cláusulas específicas que podem ser adicionadas ao contrato de seguro residencial, dentre elas cobertura adicional de danos elétricos e queda de raio fora do terreno ocupado pela residência, dentre outros. (BB SEGURO RESIDENCIAL. Condições Contratuais. Versão 2.2. Disponível em: <<https://www.bbseguros.com.br/seguradora/seguros/para-voce/seguro-residencial/seguro-residencial/condicoes.jsp>> Acesso em: 12 de mai. 2020).

³² BRASIL. Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, 9 set 2010. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/656877/14486448/bren2010414.pdf/3bd33297-26f9-4ddf-94c3-f01d76d6f14a?version=1.0>> Acesso em: 10 fev. 2020.

No momento da adesão às condições gerais do contrato de seguros de danos elétricos, o segurado deve escolher o limite máximo de indenização da cobertura e, consequentemente, deve pagar um prêmio em contrapartida à assunção desse risco pelo segurador, sabendo-se que quanto maior a cobertura, maior, por consequência, será o prêmio.

Igualmente, o segurado deve ter ciência de que, no caso de eventual dano, pode haver, em razão da prática de mercado³³, eventual exigência de apresentação da nota fiscal do bem danificado para obter a indenização pretendida. É necessário que saiba que poderá ser cobrada uma franquia, tanto no momento em que o bem danificado for consertado, como também quando for necessário a troca por outro produto. Em ambos os casos a empresa seguradora pode solicitar ao segurado que leve o bem a uma assistência técnica para que seja elaborado um laudo técnico informando qual será a conduta adequada – o conserto ou a reposição do bem.

Quanto ao valor da indenização a que o segurado fará jus, este estará especificado nas cláusulas contratuais dispostas na apólice, onde cada empresa seguradora escolherá a melhor maneira para realizar o pagamento. Existem seguradoras que realizam o pagamento do valor de mercado do bem, sem depreciação. Outras pagam valor equivalente ao do bem depreciado. O segurado recebe o valor ao final da análise, após descontada a franquia³⁴.

³³ Com embasamento no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando a lei for omissa. Assim, os costumes são considerados fontes do direito. (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Planalto, Rio de Janeiro, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 29 mai. 2020).

³⁴ Para demonstrar o que foi conceituado e explicado, seguem, a título exemplificativo, cláusulas constantes em um contrato de seguro de danos elétricos: *DANOS ELÉTRICOS. Garante, até o Limite Máximo de Indenização contratado, os danos elétricos causados a máquinas, equipamentos ou instalações eletrônicas ou elétricas devido a variações anormais de tensão, curto-circuito, calor gerado acidentalmente por eletricidade, descargas elétricas, eletricidade estática e raios. (...) FORMAS DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. O pagamento da indenização decorrente de sinistro coberto por este seguro, corresponderá ao valor dos prejuízos apurados causados aos bens cobertos, descontando a depreciação e a Participação Obrigatória do segurado, quando houver, respeitando sempre o Limite Máximo de Indenização contratado*

Desta forma, partindo do pressuposto de que houve a ocorrência de um dano material decorrente de instabilidade no fornecimento de energia elétrica e que a empresa seguradora indenizou o segurado, na forma definida pela apólice, é necessário entender quais são as medidas cabíveis que a seguradora pode tomar em face do real autor do dano – concessionária de energia elétrica – para reaver a quantia indenizada.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

o dever de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso. O nexo causal, ou relação de causalidade, vem usualmente definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de novo que represente consequência do outro³⁵.

Então, restando configurado o nexo de causalidade entre o dano no equipamento segurado e a conduta da instabilidade no fornecimento de energia elétrica pela seguradora, justifica-se a necessidade de investigação acerca do cabimento do regresso.

2.3. O Direito de Sub-rogação do Segurador em Face do Autor do Dano:

No Código Civil, o direito de sub-rogação está previsto no artigo 786 do Código Civil, segundo o qual *paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*³⁶.

Através da sub-rogação, a empresa seguradora adquire o direito de estar nas mesmas condições jurídicas em que o segurado estava anteriormente, nascendo, assim, o direito de cobrar do causador do dano os prejuízos, ou o responsável por eles, pelo sinistro que tenha realizado a indenização ao segurado. Assim leciona Gustavo Tepedino:

para cada cobertura. PORTO SEGURO RESIDÊNCIA. Condições Gerais Residência Habitual SUSEP. Versão março 2018. Disponível em: <https://www.portoseguro.com.br/NovoInstitucional/static_files/CGs/porto_seguro_residencia_habitual/1752091%20Habitual%20FEV18.pdf> Acesso em: 21 abr. 2020.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

Com relação à obrigação do segurador de indenizar o segurado, o segurador se obriga a ressarcir não apenas os danos diretamente relacionados aos riscos assumidos (v.g. danos decorrentes de incêndio, em seguro contra incêndio), mas também aqueles resultantes ou consequentes do sinistro, como as perdas decorrentes da tentativa de evitar o sinistro, salvar a coisa ou diminuir o dano, que se associam ao risco concretizado (CC, art. 779)³⁷.

A Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal preconiza que *o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro*³⁸. O referido Enunciado foi sumulado em 1963 diante da ausência de previsão do direito de regresso no Código Civil de 1916, que era aplicado por força do artigo 985, III deste diploma legal, no qual era previsto o direito de sub-rogação de terceiro interessado que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. O Código Civil de 2002 acolheu esse mesmo entendimento, reforçando em seu artigo 786 do direito o direito de sub-rogação no limite do valor pago, para reavê-los de forma regressa.

Assim, a Súmula em questão não foi relativizada por ser o mutualismo entre as prestações do segurador e do segurado um dos princípios fundamentais do contrato securitário. Por esta razão e à luz do princípio da reparação integral, não há óbice para o exercício do ressarcimento em regresso.

A seguradora, ao realizar o pagamento da indenização ao segurado, adquirirá o direito de buscar o ressarcimento contra o causador do dano, conforme Caio Mario da Silva Pereira observa: *na palavra mesma que exprime o conceito (do latim ‘sub rogare’, ‘sub rogatio’) está contida a ideia de substituição, ou seja, o fato de uma pessoa tomar o lugar de outra, assumindo a sua posição e a sua situação*³⁹.

Logo, ao indenizar o segurado, ocorre a sub-rogação, momento em que o sub-rogado torna-se titular do direito do credor originário.

³⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 482.

³⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 188*. Enunciado sumular celebrado à luz do Código Civil de 1916, 13 dez. 1963. *Op. cit.* Acesso em: 21 mar. 2020.

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, 29^a edição. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 143.

Desta forma, a empresa seguradora, sub-rogada nos direitos de seus segurados, tem legitimidade para ajuizar ação de regresso em face de quem causou o dano, ou seja, das concessionárias de energia elétrica⁴⁰.

Isto ocorre em consonância com o artigo 944 do Código Civil que institui o princípio da reparação integral, assegurando a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos, protegendo o exercício da empresa seguradora ao resarcimento em regresso⁴¹. Para melhor compreensão, abaixo estão enumerados casos concretos onde se reconheceu o direito de regresso.

No processo nº 0051411-47.2018.8.19.0002⁴², a seguradora Itaú ingressou com ação regressiva contra a concessionária Ampla, de Niterói, por conta de ter resarcido os danos em aparelhos elétricos provenientes de falha na prestação do serviço de distribuição de energia. O juízo de primeiro grau entendeu que o efeito da sub-rogação é a substituição da parte nas mesmas condições jurídicas, julgando procedente o pedido constante da inicial. Em sede de apelação, a despeito da argumentação da Ré atinente violação do artigo 373, I do Código de Processo Civil, o tribunal decidiu à unanimidade pelo desprovimento do recurso devido ao dever inequívoco de ressarcir o valor à seguradora, amparado pelos artigos 786 do Código Civil; 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor e súmula 188/STF.

⁴⁰ Segundo Venosa, *no pagamento com sub-rogação, um terceiro, e não o primitivo devedor, efetua o pagamento. Esse terceiro substitui o credor originário da obrigação, de forma que passa a dispor de todos os direitos, ações e garantias que tinha o primeiro* (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 246-247). Nesta perspectiva: EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGRESSO. SEGURADORA NA QUALIDADE DE SUB-ROGADA DOS DIREITOS DO SEGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. (...) Direito da seguradora ao ressarcimento do valor que arcou para efetuar os devidos reparos no veículo segurado. Incidência dos artigos 349 e 786 do Código Civil e Súmula 188 do STF. Procedência do pedido que se impõe. RECURSO PROVIDO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 12ª Câmara Cível. Apelação. Processo nº 0014214-90.2016.8.19.0014. Relator: Des. Mario Guimarães Neto. Rio de Janeiro, julgamento em 01/10/2019).

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 10 fev. 2020.

⁴² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0051411-47.2018.8.19.0002.

Já no processo nº 0031755-44.2017.8.19.00014⁴³, a seguradora Tokio Marine ajuizou ação de regresso contra a LIGHT para ser resarcida do montante pago aos segurados pelo dano elétrico sofrido em decorrência da falha na prestação de serviço por parte da Concessionária. Na sentença, foi reconhecida a relação de consumo por força do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, eis que a seguradora figura como consumidora por sub-rogação. Assim, reconheceu-se o direito de regresso por ser manifestação processual do direito material de sub-rogação. Em segundo grau, o tribunal desproveu o apelo da fornecedora por entender que, de fato, se trata de sub-rogação com fundamento no artigo 349 do Código Civil e do artigo 786 do mesmo diploma legal.

O processo nº 5001071-85.2019.8.24.0019⁴⁴, a seu turno, demonstra um equívoco do juízo de primeiro grau na medida em que julgou improcedente a demanda sob a justificativa de que a Ré deslocou o ônus da prova, que inicialmente lhe incumbia devido ao direito de sub-rogação da seguradora, porquanto a Autora não juntou provas suficientes a corroborar sua pretensão. No tribunal, a turma conheceu do apelo da seguradora e reformou a sentença reconhecendo a ação de regresso como instrumento cabível para o exercício do direito de sub-rogação e entendendo frágil a prova acostada pela Ré, uma vez que estava em desconformidade com as instruções normativas da ANEEL.

3. Responsabilidade Civil das Concessionárias de Energia Elétrica:

O Estado realiza concessões de serviços, delegando ao particular a prestação dos referidos serviços e objetivando a melhoria da prestação de serviços à coletividade, com fulcro no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, em que é estabelecido que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*⁴⁵. Nesta acepção, José Carvalho

⁴³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0031755-44.2017.8.19.0001.

⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo nº 5001071-85.2019.8.24.0019.

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto*, Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

Filho conceitua concessão como *contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários*⁴⁶.

Considerando que a empresa seguradora irá ajuizar ação regressiva em face da concessionária de energia elétrica, real autora da conduta danosa que ensejou o pagamento da indenização securitária ao segurado, e que as concessionárias são responsáveis por todos os atos que ensejam danos causados a terceiros, desde que praticados por seus agentes no exercício da prestação do serviço público, na forma do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República, é de extrema importância a análise do regime de responsabilidade civil destas concessionárias, na condição de empresas privadas prestadoras de serviço público.

3.1. A Teoria do Risco Administrativo e o Regime Objetivo de Responsabilidade Civil das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica:

A responsabilidade civil nasce a partir do princípio do *neminem laedere*, no qual se pressupõe que não é lícito causar danos a outrem e tinha como função punir o indivíduo que causava o dano. Maria Celina Bodin de Moraes explicita:

A canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída, com vantagens, pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a consequente realização, de um dever geral de solidariedade, também hoje previsto constitucionalmente (CF, art. 3º, I) e que se encontra na base no aforismo multissecular do neminem laedere, isto é, da obrigação de se comportar de modo a não lesar os interesses de outrem⁴⁷.

A responsabilidade civil poderá assumir duas modalidades principais: a *subjetiva*, que dependerá da prova da culpa – ao lado do nexo de causalidade, da conduta e do dano – na forma do artigo 186

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. rev., ampl. e atual. até 31 de dezembro de 2013. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 374.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: 1ª Reimpressão, Editora Processo, 2016, p. 324.

do Código Civil, para caracterizar-se o dever de indenizar, ou o regime *objetivo* que, na forma do artigo 927, parágrafo único, irá decorrer da lei ou do risco atrelado à atividade desempenhada. Todavia, para comprovar a culpa, é necessário comprovar que o causador do dano agiu com imperícia, negligência ou imprudência, sendo, na maioria das vezes, um óbice para a vítima, diante da tamanha dificuldade de realizar tal comprovação⁴⁸.

Após a constitucionalização do direito civil, o principal objetivo da responsabilidade civil passou a ser a proteção e indenização da vítima, em detrimento da punição do ofensor, sendo essa mudança interpretativa da responsabilidade civil decorrência direta da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas⁴⁹.

Por ser a comprovação da culpa muito difícil para a vítima, com a erosão dos filtros da responsabilidade civil⁵⁰ aos poucos a jurisprudência e a doutrina flexibilizaram a prova da culpa pela vítima quando ela consistia em difícil tarefa que pudesse inviabilizar a indenização da vítima e, através da modalidade objetiva, não é mais necessária a comprovação da culpa ou do dolo do causador do dano, sendo necessária apenas a comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano⁵¹. Nesta perspectiva:

⁴⁸ Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de dificilíssima comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina. (SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 17).

⁴⁹ O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objeto anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano resarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora obtiva como um dos aspectos nucleares do instituto. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ibidem*, p. 323).

⁵⁰ Anderson Schreiber aduz: O estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao resarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento. (SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 11-12).

⁵¹ Nesta linha: Com o objetivo de superar a dificuldade que se impunha à vítima, impulsionou-se a criação de presunções de culpa, cabendo ao suposto agente provar que não

A responsabilidade civil, ao contrário, tem tradicionalmente se mantido imune a qualquer escopo punitivo, preocupando-se tão somente com a reparação do dano causado a outrem. Sua atenção volta-se não para o agente, mas para a vítima do dano injusto. [...] O dano provocado pelo agente terá a mesma extensão, tenha ele agido com dolo, culpa grave ou com culpa levíssima. O direito civil contemporâneo caminha aliás, rumo à superação da intenção maliciosa do agente. É o que extrai da crescente expansão de hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que se fundamentam na solidariedade social⁵².

Com relação à responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro contemporâneo reconhece não apenas a possibilidade de responsabilização do Estado, como também consagra em sede constitucional uma cláusula geral de responsabilidade objetiva do Estado, acolhendo a teoria do risco administrativo⁵³. Assim, os limites da responsabilidade das concessionárias de serviço de distribuição de energia elétrica estão estabelecidos no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa⁵⁴.

A ANEEL é a agência responsável pelo controle e fiscalização destas concessionárias, regulamentando o setor e estabelecendo metas. A Lei nº 8.987/1995 enumera elementos deste serviço

agiu com culpa. Ao lado disso, assistiu-se ao formidável desenvolvimento da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, criando-se inúmeras hipóteses de responsabilidade sem culpa. (BANDEIRA, Paula Greco. *A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008, p. 229).

⁵² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.859-860.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 649.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Op. cit.* Acesso em: 17 fev. 2020.

adequado em seu artigo 6º, parágrafo primeiro, aduzindo que *serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*⁵⁵.

Apesar do expresso mandamento legal, percebe-se que as concessionárias de distribuição de energia elétrica não prestam adequadamente os serviços, podendo comprometer a qualidade dos serviços prestados⁵⁶.

A responsabilidade civil aplicada para as concessionárias é a objetiva⁵⁷, com observância à teoria do risco administrativo. Segundo

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Planalto*, Brasília, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

⁵⁶ Neste diapasão, elucida bem a exposição trazida por Diogo Figueiredo: *Responder pelo mal praticado é dever tão antigo quanto o próprio Direito. Desde as mais primitivas comunidades já se procurava identificar o violador das normas para aplicar-lhe sanções. No Direito Público estruturado, a responsabilidade é ainda uma pedra angular, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, bem como os seus agentes, pois que assumiram livremente o múnus da execução das várias e distintas funções que essa mesma ordem se lhes impõe.* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial* – 16^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 163).

⁵⁷ Neste toar: *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OSCILAÇÃO DA REDE ELÉTRICA. DANOS EM ELEVADORES DO SEGURADO. RESSARCIMENTO À SEGURADORA DOS VALORES DISPENDIDOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. RECURSO NÃO PROVÍDO.* - Nos termos do art. 37, §6º, da CR/88, a responsabilidade da Administração Pública e, consequentemente, das concessionárias de serviço público, é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo. - Havendo prova de que os danos narrados na inicial foram decorrentes de oscilação na rede elétrica, deve a concessionária ressarcir a seguradora dos valores despendidos com os consertos dos aparelhos de seus segurados. - Tratando-se de indenização por danos materiais decorrentes de sinistro, a correção monetária e os juros de mora incidem a partir da data de desembolso da quantia pela seguradora, em cujos direitos se sub-rogou (Súmulas nº 43 e nº 54 do Superior Tribunal de Justiça), sendo vedada, contudo, a “reformatio in pejus”. (Apelação Cível nº 1.0000.19.108066-2/001, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Des. Wander Marotta, julgamento em 28 de novembro de 2019).

esta, o Estado está obrigado a reparar os danos causados a terceiro praticados por seus agentes, independentemente de culpa ou dolo⁵⁸. Isto porque basta comprovar a ocorrência do dano e o nexo causal entre o prejuízo e a atuação do Estado, não importando se o serviço foi prestado de forma regular ou irregular, isto é, se o Estado tem ou não culpa⁵⁹.

Noutras palavras, na presente modalidade de responsabilidade, a obrigação de indenizar e reparar o dano surge pela simples ocorrência do ato lesivo, não sendo exigida culpa⁶⁰ de quem o praticou. Deste modo, pode-se concluir que comprovados a ocorrência do fato, o resultado danoso e o nexo causal entre estes, as empresas seguradoras podem sub-rogar-se nos direitos de seus segurados. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REGRESSO DA SEGURADORA. QUEIMA DE APARELHOS DO SEGURADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR. É cediço que, sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde objetivamente, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu mister, por ação ou

⁵⁸ Conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: *A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.* (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36^a ed. - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 682).

⁵⁹ QUEIROZ, Aleandro Lima de. *Responsabilidade Civil do Estado* / Aleandro Lima de Queiroz, Márcia Santos da Silva e Antônio Walber M. Muniz – Revista Controle Doutrina e Artigos, p. 396.

⁶⁰ A culpa *lato sensu* deriva da inobservância de um dever de conduta, podendo ser realizada com dolo (intenção do agente em praticar o ato) ou mediante culpa *stricto sensu* (culpa propriamente dita). Por sua vez, na culpa *stricto sensu* o agente não possui a intenção de praticar o dano, mas ele age com negligência (falta de cuidado de forma omissiva), imperícia (falta de cuidado de forma comissiva) ou imprudência (falta de técnica no exercício da ação) e acaba praticando o resultado. Por estarmos diante de responsabilização objetiva após a erosão dos filtros da responsabilidade civil, não se faz necessária a análise de culpa, em nenhuma de suas modalidades.

omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. Hipótese em que restou comprovada nos autos a relação de causa e efeito entre os danos suportados pela segurada e a falha do serviço prestado pela ré, que acarretou a queima de equipamentos. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DO SEGURADO. RESSARCIMENTO DOS VALORES. CABIMENTO. Considerando que a seguradora indenizou os prejuízos da vítima, sub-roga-se nos direitos desta, nos termos do artigo 786 do Código Civil, bem como artigo 346 do mesmo diploma legal. Ressarcimento devido. Condenação mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N° 70065359044, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, julgamento em 22 de julho de 2015)⁶¹.

Nos casos de danos elétricos, o defeito no serviço é caracterizado por meio da oscilação no fornecimento de energia, que causa o dano ao equipamento. O nexo de causalidade⁶² se dá pela conduta omissiva da concessionária pela ausência de manutenção adequada e eficiente na rede de distribuição⁶³, que não resiste às intempéries do tempo, ensejando instabilidade no sistema de distribuição. Isto

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70065359044, Nona Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, julgamento em 22 de julho de 2015.

⁶² Existem muitas teorias construídas para tentar delinear os contornos do nexo causal. Gustavo Tepedino esclarece que, no Supremo Tribunal Federal, prevalece a teoria da causalidade direta ou imediata, constante no artigo 403 do Código Civil Brasileiro: *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.* Já o Superior Tribunal de Justiça considera a questão interpretativa, cingindo à competência dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil – Tomo II.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁶³ Do total de reclamações nos últimos cinco anos dirigidas à LIGHT, 44,86% devem-se a problemas de interrupção do fornecimento de energia, segundo painéis de dados disponibilizados pela ANEEL. Disponível em: <http://rap.aneel.gov.br/relatoriosRAP/?folder=ANEEL/SFE/bSFE&report=PainelDesempenhoBinew#Pae5a97f65c154281bf-21c739afe57dec_2_89> Acesso em: 17 mai. 2020.

*porque o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega*⁶⁴.

Também se faz imprescindível analisar o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que determina a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, eis que apesar de a concessionária fornecer serviço público, isso não afasta a aplicabilidade da legislação consumerista.

Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente deles se esperam;

*III – a época em que foi fornecido*⁶⁵.

E o artigo 22 da mesma lei estabelece que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos⁶⁶. Diante do exposto, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor também previu a responsabilidade objetiva, mas com fundamento na “teoria do risco do empreendimento”⁶⁷.

Concluída a discussão de que a responsabilidade das concessionárias de distribuição de energia elétrica é objetiva, faz-se necessária análise

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 63.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Sérgio Cavalieri Filho leciona: *Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.*

das disposições contidas na Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL.

3.2. A Regulação do Contrato de Danos Elétricos à Luz da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL:

A Resolução Normativa nº 414/2010, no capítulo XVI, prevê expressamente como será realizado ressarcimento de danos elétricos. Em seu artigo 203, dispõe em quais casos são aplicadas as disposições do supramencionado artigo, quais sejam os casos de danos elétricos causados a equipamentos instalados na unidade consumidora atendida em tensão igual ou inferior a 2,3 kV⁶⁸. Para que o consumidor possa solicitar o ressarcimento equivalente aos prejuízos causados, são considerados objetos *quaisquer equipamentos alimentados por energia elétrica conectados na unidade consumidora, sendo vedada a exigência de comprovação da propriedade do equipamento*⁶⁹, como aduz o parágrafo 6º do artigo 204, incluído pela Resolução Normativa ANEEL 499, de 03 de julho de 2012.

Por consectário, para que o pedido do ressarcimento seja aprovado, faz-se fundamental a investigação da existência do nexo de causalidade entre a conduta da concessionária de distribuição de energia elétrica e o dano causado, bem como deverá ser verificado o equipamento danificado, nos moldes dos artigos 205 e 206 da Resolução⁷⁰.

Com relação à modalidade de responsabilidade das Concessionárias, a Resolução prevê a responsabilidade objetiva em seu artigo 210, aduzindo que *a distribuidora responde, independentemente da existência de*

(...) O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 366).

⁶⁸ BRASIL. Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010. *Op. cit.* Acesso em: 19 fev. 2020.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

culpa, pelos danos elétricos causados a equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras, nos termos do art. 203⁷¹.

Não obstante, é crescente a aplicação da tese de que ainda que se pudesse cogitar que a instabilidade do fornecimento de energia elétrica pudesse advir de fatores meteorológicos e que, à luz do artigo 393 do Código Civil, pudessem excluir a responsabilidade civil, os danos elétricos causados pelas intempéries vêm sendo considerados como hipótese de fortuito interno, tendo, por consequência, a manutenção da responsabilidade civil das concessionárias de distribuição de energia elétrica e do dever de indenizar o consumidor prejudicado, conforme será explicado adiante.

3.3. Os Eventos Meteorológicos como Excludentes da Responsabilidade Civil das Concessionárias e o Conceito de Fortuito Interno:

A responsabilidade civil pode ser considerada como a obrigação de reparar um dano causado a outrem, objetivando restabelecer o *status quo*⁷². Todavia, existem danos que são advindos de ato de terceiro, da própria vítima ou por fenômeno irresistível da natureza – caso fortuito e força maior – que excluem o nexo causal entre a conduta e o dano, afastando, por consectário, o dever de reparar⁷³.

Ao tratar acerca da relação entre o nexo causal e o dever de reparar o dano, Anderson Schreiber afirma que *o dever de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso. O nexo causal, ou relação de causalidade, vem usualmente definido*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² Carlos Roberto Gonçalves reforça esta ideia, aduzindo que *o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o statu quo ante.* (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. IV: responsabilidade civil.* 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20).

⁷³ O artigo 393 do Código Civil faz menção ao caso fortuito, afirmando que *o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles responsabilizado.* Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 365). E, o caso fortuito é uma das hipóteses em que exclui esta responsabilidade.

*como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência de outro*⁷⁴.

Ressalta-se que o próprio parágrafo único do artigo 210 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL estabelece as hipóteses em que não será necessário o resarcimento pela distribuidora, sendo uma delas a comprovação de inexistência de nexo causal⁷⁵.

Mediante a interpretação do artigo 393 do Código Civil Brasileiro, no qual é aduzido que *o dederor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*⁷⁶, pode-se afirmar que, *a priori*, os eventos meteorológicos podem ser considerados excludentes de responsabilidade civil em razão de sua inevitabilidade. Para que seja caracterizada a ocorrência do caso fortuito ou da força maior⁷⁷, é necessário que seja configurada a inevitabilidade do evento e a ausência de culpa no ocorrido. Entretanto, não será todo caso fortuito que ensejará a exclusão do dever de indenizar, em razão da diferenciação entre o caso fortuito externo e o caso fortuito interno, conforme se passará a analisar.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 55.

⁷⁵ BRASIL. Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010. *Op. cit.* Acesso em: 19 fev. 2020.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 19 fev. 2020.

⁷⁷ Enfatiza-se que parte da doutrina ainda entende que há distinção entre caso fortuito e força maior. Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho alega que *estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível, e por isso inevitável. Se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades e enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz.* É o *Act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito Civil*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2008). Em posição oposta, Silvio Venosa aduz que *qualquer critério que se adote, a distinção nunca terá consequências práticas: os autores são unâimes em frisar que juridicamente os efeitos são sempre os mesmos. (...) A imprevisibilidade não é elemento especial a destacar: por vezes, o evento é previsível, mas são inevitáveis os danos, porque impossível resistir aos acontecimentos.* (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57). Todavia, qualquer que seja a linha adotada, a relevância está em averiguar a pertinência do evento com a atividade exercida para

A indagação que se faz é se as intempéries climáticas que eventualmente atingem as redes elétricas podem ou não configurar uma excludente do dever de indenizar das concessionárias de energias elétricas, ou seja, se tempestades, por exemplo, romperiam o nexo de causalidade entre o dano material aos aparelhos elétricos e a conduta da concessionária de não prover a estabilidade no sistema de distribuição de energia elétrica.

O caso fortuito externo é aquele que não possui relação com a atividade prestada pelo fornecedor e, por esta razão, pode ser considerado como excludente de responsabilidade civil. Já o caso fortuito interno pode ser considerado como fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da execução do serviço ou que guarde pertinência com a atividade, ainda que prévia ou após a execução, não excluindo a responsabilidade civil do fornecedor dos serviços por ser risco da essência de sua atividade.

Segundo Anderson Schreiber, o caso fortuito vem sendo considerado insuficiente para não incidir o dever de indenizar, segundo o qual *aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado essa terceira exigência – a externalidade ou externalidade do caso fortuito – sem a qual se conserva a responsabilidade*⁷⁸.

Desta maneira, conclui-se que a distinção realizada pela doutrina entre fortuito interno e externo está ligada à atividade de risco, bem como que a responsabilidade civil das concessionárias de energia apenas seria afastada em caso de ocorrência de caso fortuito externo⁷⁹.

que o nexo de causalidade seja rompido, excluindo a responsabilidade aquiliana.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos riscos*, 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67-68.

⁷⁹ APELAÇÃO. Interrupção do serviço de energia elétrica, em razão de inadimplemento de fatura de consumo. Comprovante de pagamento apresentado pela consumidora que indica ter sido o pagamento revertido em favor de empresa diversa da Concessionária de energia elétrica. Pagamento efetuado em correspondente bancário, cuja atuação eventualmente equivocada, de apor o número de código de barras errado em terminal de pagamento, configura fortuito externo à atividade da Concessionária de energia elétrica, nos termos do disposto no artigo 14, § 3º, II, do CDC. Correspondentes bancários que atuam por conta e sob diretrizes de instituição financeira, nos termos do artigo 2º da Resolução n. 3.954/2011 do BACEN, e não da Concessionária de energia elétrica, a quem não foi revertido o pagamento efetuado. É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da

É devido a essa dicotomia entre fortuito interno e externo que foi aprovado, pelas Jornadas de Direito Civil, o Enunciado nº 443, que tem por dicção *o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida*⁸⁰. Sobre o tema, assevera Sérgio Cavalieri Filho:

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável⁸¹.

Nesta acepção, explica Rizzato Nunes que, *se um raio gera sobrecarga de energia num condutor de energia elétrica e isso acaba queimando os equipamentos elétricos da residência do consumidor, o prestador do serviço de energia elétrica tem o dever de indenizar os danos causados ao consumidor*⁸². Os eventos meteorológicos, portanto, funcionarão como fortuitos internos.

Anderson Schreiber entende que as excludentes de responsabilidade estão sendo relativizadas, no que vale destaque a afirmação de que *ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada teoria do*

lei, nos termos do artigo 172 da Resolução ANEEL n. 414/2010 e da Súmula n. 83, do E. TJ-RJ. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00164252920178190026, Relator: Des. Celso Silva Filho, 23ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 03/07/2019).

⁸⁰ BRASIL. Enunciado nº 443 da V Jornada de Direito Civil. O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida. Conselho da Justiça Federal, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356>> Acesso em: 03 mar. 2020.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 491.

⁸² NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364.

fortuito interno, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado⁸³. Noutras palavras, a ocorrência do caso fortuito interno não possui capacidade de eliminar o nexo de causalidade, permanecendo a obrigação da empresa de indenizar a pessoa lesada⁸⁴.

Analizando os acórdãos em questão, pode ser constatado que o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que é

⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 68.

⁸⁴ Inclusive, pode ser verificado que a teoria em questão vem sendo aplicada nos Tribunais: *Direito Consumerista. Rito sumário. Ação indenizatória. Reparação de danos. Concessionária. Energia elétrica. Suspensão do serviço em razão de fortes chuvas em janeiro de 2010 e abril de 2010. Restabelecimento do serviço após 3 dias no primeiro caso e 10 dias no segundo. Sentença condenando a reparar o dano moral no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada autor. Apelo da concessionária. Desprovimento de plano. Falha na prestação do serviço. Inexistência de rompimento do nexo de causalidade. É dever das concessionárias de serviço adotar medidas emergenciais para a restauração da situação de normalidade quando da ocorrência de eventos naturais, que além de previsíveis, mostram-se cada vez mais constantes. Precedentes desta Corte de Justiça. “Forte estiagem ou fortes chuvas não constitui causa justificadora da interrupção do serviço e, por conseguinte, excludente da responsabilidade do fornecedor. Tal fato natural está intrinsecamente ligado ao risco do empreendimento. Constitui na atividade exercida fortuito interno. Neste sentido, o fornecedor assume o dever de garantir a eficácia e a continuidade do serviço que oferece, notadamente se essencial, como no caso. (0012857-21.2007.8.19.0037 (2009.001.07299) - APELACAO - 1^a Ementa - DES. PAULO GUSTAVO HORTA - Julgamento: 10/03/2009 - QUINTA CÂMARA CÍVEL). (...) Desprovimento do recurso.” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 6^a Câmara Cível. Apelação Cível nº 0010137-36.2010.8.19.0212. Relator: Des. Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro, julgamento em 14 de outubro de 2011). *AÇÃO REGRESSIVA – Seguro – Danos ocasionados por oscilações na rede de energia elétrica – Sentença de improcedência dos pedidos – Irresignação da autora – Cabimento – Ré que não se desincumbiu do ônus processual de demonstrar que se preparou adequadamente à ocorrência dos eventos naturais – Descarga elétrica que configura evento previsível e que faz parte do risco da atividade e desempenhada pela concessionária, equiparando-se ao fortuito interno – Alegação de ausência de pedido administrativo de resarcimento de danos elétricos e necessidade de aplicação da resolução normativa 414/2010, da ANEEL – Descabimento. Pedido administrativo que não é requisito ao ajuizamento de ação regressiva. Resolução que não se sobrepõe às disposições constantes no Código Civil. Aplicação das normas consumeristas – Sentença reformada – Aplicação do artigo 1.013, § 3º do Código de Processo Civil – Procedência dos pedidos – RECURSO PROVIDO.* (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11^a Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1093684-60.2017.8.26.0100. Relator: Des. Renato Rangel Desinano. São Paulo, julgamento em 15 de maio de 2018).*

comum a ocorrência de chuvas e descargas atmosféricas nos serviços prestados pela concessionária de distribuição de energia elétrica. Deve a concessionária ser responsável pela manutenção da rede elétrica para minimizar os efeitos de tais fenômenos naturais, eis que são tratados como fortuito interno por estar intimamente relacionado à atividade da concessionária e, desta maneira, o nexo de causalidade não é interrompido.

Diante da análise dos posicionamentos, têm-se entendido que, levando em consideração o fornecimento de energia elétrica, eventual falha na prestação de serviço por eventos meteorológicos deve ser entendida como risco do empreendimento e, consequentemente, devem as concessionárias de distribuição de energia responder pelos danos causados aos usuários do serviço.

4. Do Cabimento do Regresso das Empresas Seguradoras em Face das Concessionárias de Energia Elétrica:

Contemporaneamente, a contratação de seguros de danos elétricos vem se tornando corriqueira no mercado de consumo. O escopo principal desta modalidade de seguro de danos, contemplada dos artigos 787 e 788 do Código Civil Brasileiro⁸⁵, é garantir o pagamento ao segurado da indenização prevista na apólice quando da ocorrência do sinistro, qual seja, o dano material a qualquer bem que decorra exclusivamente de instabilidades no sistema de fornecimento de energia elétrica.

Causado dano ao equipamento, a empresa seguradora pagará a indenização ao segurado ou, se for o caso, substituirá o equipamento danificado, conforme a previsão na apólice. Em ato subsequente, faz-se necessário o questionamento acerca da possibilidade de a seguradora ajuizar uma ação regressiva em face da concessionária de energia elétrica, agente que verdadeiramente deu causa ao dano indenizado pelo segurador, fazendo jus ao instrumento previsto no artigo 786 do Código Civil Brasileiro.

⁸⁵ No Brasil, o contrato de seguros possui como escopo a cobertura da indenização por perdas e danos paga pela empresa seguradora à pessoa prejudicada (segurado), em razão de um sinistro. O STJ, através do julgamento do Recurso Especial nº 1.311.407 – SP, entendeu que *a figura central do seguro de responsabilidade civil facultativo é a obrigação imputável ao segurado de indenizar os danos causados a terceiros*.

4.1. O Artigo 786 do Código Civil Brasileiro: Histórico e Finalidade:

É preceituado no artigo 786 do Código Civil Brasileiro que uma vez *paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*⁸⁶. A partir da análise deste artigo, verifica-se que todos os direitos que o segurado adquiriu em caso de um resultado danoso contra o causador do dano será transferido para a empresa seguradora, juntamente com a legitimidade para esta tentar reaver a quantia paga ao segurado a título de indenização.

Esta sub-rogação se dá pelo valor que foi efetivamente pago, ou seja, a empresa seguradora não pode realizar a cobrança de valores superiores ao que foram despendidos com a indenização do segurado. Na sub-rogação, o credor primário tem seu crédito satisfeito por um terceiro⁸⁷. Porém, a obrigação permanecerá para o devedor, diante da transferência dos direitos do credor primário.

O direito de regresso contido no artigo em questão funda-se em um elemento de equidade, segundo a qual aquele que repara dano causado por outrem terá o direito de cobrar daquele por quem pagou⁸⁸, regra geral contida no artigo 934 do mesmo Código.

A sub-rogação é limitada ao valor da indenização e aquela não ocorre se o causador do dano for cônjuge, ascendente ou descendente do segurado, salvo se o dano for causado por dolo, conforme parágrafo primeiro do artigo em questão⁸⁹. Ainda, conforme o parágrafo segundo, todo ato do segurado que diminua ou tornem extintos os direitos referidos no artigo e que cause prejuízos ao segurador serão considerados ineficazes⁹⁰.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 02 mar. 2020.

⁸⁷ Vale dizer: o pagamento com sub-rogação tem lugar quando o pagamento é efetuado não pelo devedor, mas por pessoa que, assim fazendo, passa a ocupar a posição jurídica até então ocupada pelo credor na relação obrigacional. (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 346).

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 02 mar. 2020.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ *Ibidem.*

Na prática, o direito de sub-rogação estipulado no artigo 786 do Código Civil Brasileiro garante ao segurador que, uma vez paga a indenização, poderá ele regredir em face daquele real autor do dano.

4.2. O Direito de Regresso e a Sub-rogação: Distinções:

No momento em que é realizado o pagamento da indenização ao segurado, a empresa seguradora adquire o direito de buscar o ressarcimento contra quem causou o dano. Isto caracteriza o direito de ressarcimento em regresso, por força do artigo 786 do Código Civil, que consubstancia uma hipótese de sub-rogação legal, conforme visto anteriormente.

Faz-se necessário enfatizar que, antes da entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002, já havia sido editado o Enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 188, prevendo que *o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro*⁹¹.

Assim, à luz da Súmula 188 do STF e do artigo 944 do Código Civil, que preveem o princípio da reparação integral, pode-se afirmar que é garantido às empresas seguradoras o pleno exercício do ressarcimento em regresso. Continuamente, conclui-se que o ressarcimento em regresso possui o caráter educativo da responsabilidade civil ao fazer com que o real causador do dano repare o mal que causou.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que *na linguagem jurídica fala-se de sub-rogação, em geral, para designar determinadas situações em que uma coisa se substitui a outra coisa ou uma pessoa a outra pessoa*⁹². Conforme dicção do artigo 349, do Código Civil, “*a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores*⁹³.

Desta forma, é aplicado o direito de sub-rogação nos contratos de seguro que tenham como fundamento o artigo 786 do Código Civil,

⁹¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 188*. Enunciado sumular celebrado à luz do Código Civil de 1916, 13 dez. 1963. *Op. cit.* Acesso em: 21 mar. 2020.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. II: teoria geral das obrigações*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 306.

⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. cit.* Acesso em: 02 mar. 2020.

em que a empresa seguradora irá sub-rogar-se, ao indenizar o segurado, nos limites do valor pago e nos direitos e ações que são de competência do segurado em face do responsável pelos prejuízos causados.

A sub-rogação pode ser classificada como *legal*, em que a lei determina a substituição, ou *convencional*, hipótese na qual as partes convencionam quando ocorrerá a substituição. No contrato securitário, a sub-rogação é a legal, eis que a substituição é decorrente da lei e esta prevê a possibilidade de o segurador de reaver o valor despendido.

Em contratos securitários, a sub-rogação possui grande valia por minimizar as despesas das empresas seguradoras por conseguirem reaver quantias pagas aos segurados a título de indenização, sendo possível a manutenção de condições vantajosas do seguro ao segurado, como, por exemplo, a minoração do prêmio, atendendo à função social do contrato⁹⁴.

O direito de regresso é a forma processual de assegurar o direito de sub-rogação e, explicados os institutos, afirma-se que a empresa seguradora pode buscar o seu resarcimento após a ocorrência do dano e do pagamento da indenização ao segurado, delineando a cobertura securitária para, enfim, iniciar seu direito de sub-rogação. Para buscar seus direitos através do Poder Judiciário, a medida cabível é a ação Regressiva de Ressarcimento de Danos⁹⁵.

⁹⁴ Corroborando a tese da possibilidade de aplicação do instituto da sub-rogação: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE DANO SOBRE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SUB-ROGAÇÃO. TRANSAÇÃO FIRMADA ENTRE O AUTOR DO DANO E A PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO SEGURADO. RENÚNCIA A INDENIZAÇÕES FUTURAS. CAUSADOR DO DANO QUE PAGA QUANTIA À SEGURADA, VÍTIMA DO ACIDENTE, NA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE ESTAR REPARANDO OS DANOS CAUSADOS. MITIGAÇÃO DO ART. 786, §2º, DO CC/02. (...) 2. Nos contratos de seguro de dano, o segurador, ao pagar a indenização decorrente do sinistro, sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o causador do dano, consoante a literal disposição do art. 786, caput, do CC/02. Cuida-se, assim, de hipótese de sub-rogação legal, que se opera independentemente da vontade do segurado ou do terceiro responsável pelo dano. (...) 5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1639037 RJ 2015/0239681-7. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Rio de Janeiro, julgamento em 09 de março de 2017).

⁹⁵ Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o *nomen iuris* da ação em comento passa a ser, genericamente, ação indenizatória, irrelevante

Pertinente se faz tecer algumas considerações acerca do instituto da denunciação da lide e da ação autônoma de regresso de ressarcimento de danos. A denunciação da lide, prevista no artigo 125 do Código de Processo Civil, constitui modalidade de intervenção de terceiros, que objetiva uma nova demanda subsidiária à que foi instaurada originariamente e que apenas será analisada se o denunciante sofrer algum prejuízo na demanda principal⁹⁶. É o que prevê o inciso segundo do mencionado artigo, entendendo ser legítimo para promover denunciação da lide aquele que estiver obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo⁹⁷.

Todavia, quando se trata de contratos securitários, majoritariamente das indenizações pagas aos segurados, são realizadas pela via administrativa, não sendo necessário o ajuizamento de ação em face das empresas seguradoras. Por conseguinte, a empresa seguradora, ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado, ficará sub-rogada nos direitos e ações do segurado até o limite da quantia paga.

Para reaver estes valores a título de seu direito de regresso integral, a seguradora poderá propor ação regressiva de ressarcimento de danos em face das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela legitimidade ativa das seguradoras nas ações regressivas, bem como pela responsabilidade das concessionárias de energia elétrica, conforme se demonstrará abaixo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO EXAME DO RECURSO. MÉRITO. RESSARCIMENTO DE DANOS. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO

se decorrente de sub-rogação ou da legitimidade ordinária por conta da obrigação original.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 18 mar. 2020.

⁹⁷ *Ibidem*.

PÚBLICO. OSCILAÇÃO DE ENERGIA. DANO A EQUIPAMENTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, “com o advento do Código Civil de 2002, a possibilidade de sub-rogação da seguradora nos direitos e ações que couberem ao segurado contra o causador do dano tornou-se incontestável, consoante a literal disposição do art. 786, caput, do mencionado diploma.” Precedentes. (STJ, 4^a Turma, AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.326.602 – GO, 2018/0174812-3. Relator: Ministro Raul Araújo)⁹⁸.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO EXAME DO RECURSO. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUB-RÓGAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. OSCILAÇÃO DE ENERGIA. DANO A EQUIPAMENTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) 3. O entendimento desta Corte Superior é de que a responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é objetiva (AgRg no AREsp 318.307/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 05/03/2014). 4. Reconhecido pelo Tribunal de origem o nexo de causalidade entre o ato e/ou omissão e o prejuízo sofrido, bem como a inexistência de excludentes da responsabilidade da concessionária do serviço, a alteração das conclusões lançadas no acórdão recorrido demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. (...). Os Srs. Ministros Maria Isabel

⁹⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 4^a Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.326.602 - GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, julgamento em 07 de fevereiro de 2019.

Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 07 de fevereiro de 2019. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator. (STJ, 4^a Turma, AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.337.558 – GO. 2018/0191551-1. Relator: Ministro Raul Araújo)⁹⁹.

Neste diapasão, também trata a edição nº 116 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, determinando a Corte Cidadã que *a seguradora tem direito de demandar o ressarcimento dos danos sofridos pelo segurado depois de realizada a cobertura do sinistro, sub-rogando-se nos direitos anteriormente titularizados pelo segurado, nos termos do art. 786 do Código Civil e da Súmula n. 188/STF¹⁰⁰.*

Diante do exposto, pode ser afirmado que as empresas seguradoras se sub-rogam nos direitos do segurado e adquirem a legitimidade para reaverem os valores pagos através de ações regressivas de ressarcimento em face das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Considerações Finais:

Como resultado do presente trabalho, conclui-se que o contrato de seguro para danos elétricos, modalidade contratual especial regulada pela Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL, possui como escopo o ressarcimento por danos elétricos, além de estipular os direitos e deveres gerais e específicos que deverão ser cumpridos pelas partes contratantes.

As redes de distribuição de energia elétrica estão sujeitas a intempéries climáticas, o que pode resultar em interferências e causar danos elétricos a bens materiais, surgindo, desta maneira, o dever de as concessionárias de energia elétrica repararem os danos causados, eis que é regra geral do direito civil brasileiro que quem causa dano a outrem tem a obrigação de repará-lo. Ressalta-se, ainda, que as

⁹⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 4^a Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.337.558 - GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, julgamento em 07 de fevereiro de 2019.

¹⁰⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em TESES*. Edição nº 116. Brasília, 14 dez. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaenteses/Jurisprud%C3%A3ncia%20em%20Teses%20116%20-%20Do%20Seguro%20de%20Dano.pdf> Acesso em: 19 mar. 2020.

concessionárias de energia, por serem prestadoras de serviços públicos, respondem de maneira objetiva pelos danos causados a outrem, sendo assegurado, posteriormente, o direito de regresso contra quem de fato causou o dano, caso este tenha sido causado por terceiro.

Sendo assim, nas hipóteses em que subsiste contrato de danos elétricos, a empresa seguradora, após a constatação do dano e de que este foi causado por danificação elétrica, indenizará o segurado na quantia equivalente ao bem, ou irá realizar o reparo do mesmo.

O pagamento da indenização ao segurado faz com que a empresa seguradora se sub-rogue nos direitos daquele, adquirindo, por consequência, o direito de regresso em face da concessionária de distribuição de energia elétrica, real responsável pelo dano causado, em observância à teoria do risco administrativo. Também deve ser realizada análise do dano sob a ótica da teoria do risco do empreendimento, não sendo o caso fortuito interno capaz de excluir a responsabilidade civil das concessionárias de energia.

O direito de regresso pode ser considerado como uma garantia que é atribuída às empresas seguradoras para que elas possam reaver este valor pago em determinado sinistro, objetivando a minimização do impacto financeiro. Sua aplicação dá-se quando a empresa se obriga, por meio da apólice, a realizar o resarcimento dos valores ao segurado quando não tenha sido ele o culpado pela ocorrência do sinistro. Desta forma, com a sub-rogação, há uma transferência de responsabilidade e legitimidade do segurado para a empresa.

Apesar de o setor securitário enfrentar constantes desafios no ajuizamento de ações de regresso e no julgamento destas ações, há nítido avanço no entendimento dos Tribunais pelo reconhecimento da legitimidade das empresas seguradoras e da ocorrência dos danos causados pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica, fortalecendo esta modalidade de contratação. Assim, desde que haja a comprovação de que os danos foram causados em decorrência da má prestação do serviço de energia elétrica, as ações regressivas de resarcimento pelas empresas seguradoras são respaldadas em garantias legais para que seja alcançado o resarcimento almejado.

Referências:

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

BANDEIRA, Paula Greco. *A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

BB SEGURO RESIDENCIAL. Condições Contratuais. Versão 2.2. Disponível em: <<https://www.bbseguros.com.br/seguradora/seguros/para-voce/seguro-residencial/seguro-residencial/condicoes.jsp>> Acesso em: 12 de mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. *Enunciado nº 170 da III Jornada de Direito Civil*. A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato. *Conselho da Justiça Federal*, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/302>> Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. *Enunciado nº 443 da V Jornada de Direito Civil*. O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida. *Conselho da Justiça Federal*, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356>> Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Planalto, Rio de Janeiro, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Planalto, Brasília, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm> Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, 9 set 2010. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/656877/14486448/bren2010414.pdf/3bd33297-26f9-4ddf-94c3-f01d76d6f14a?version=1.0>> Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em TESES. Edição nº 116. Brasília, 14 dez. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A3ncia%20em%20Teses%20116%20-%20Do%20Seguro%20de%20Dano.pdf> Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Súmula 188. Enunciado sumular celebrado à luz do Código Civil de 1916, 13 dez. 1963. STF, [S.I.] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3510>> Acesso em: 21 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8^a ed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27^a ed. rev., ampl. e atual. até 31 de dezembro de 2013. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DAHINTEN, Augusto Franke. Cláusula perfil: anotações acerca da negativa securitária à luz da jurisprudência / Augusto Franke Dahinten, Bernardo Franke Dahinten, Thiago da Rosa Gabbardo. Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais Sul vol. 4/2014, mar-abr/2014, vol. 5/2014, mai-jun/2014.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 4.

GAGLIANO, Pablo Stloze; PAMPLONA, Rodolfo. Manual de Direito Civil. Vol. Único. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. II: teoria geral das obrigações. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. vol. III – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. IV: responsabilidade civil. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Contratos / Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira; organização Gustavo Tepedino – 1^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 (Fundamentos do direito civil).

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36^a ed. - São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, v. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: 1^a Reimpressão, Editora Processo, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16^a. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Painel de Desempenho das Distribuidoras de Energia Elétrica, editado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <http://rap.aneel.gov.br/relatoriosRAP/?folder=ANEEL/SFE/PubSFE&report=PainelDesempenhoBinew#Pae5a-97f65c154281bf21c739afe57dec_2_89> Acesso em: 17 mai. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. II, 29^a edição. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

PORTO SEGURO RESIDÊNCIA. Condições Gerais Residência Habitual SUSEP. Versão março 2018. Disponível em: <https://www.portoseguro.com.br/NovoInstitucional/static_files/CGs/porto_seguro_residencia_habitual/1752091%20Habitual%20FEV18.pdf>

Acesso em: 21 abr. 2020.

QUEIROZ, Aleandro Lima de. Responsabilidade Civil do Estado / Aleandro Lima de Queiroz, Márcia Santos da Silva e Antônio Walber M. Muniz – Revista Controle Doutrina e Artigos.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In TEPEDINO, Gustavo. Diálogos sobre direito civil – vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SERINE, Rodolfo José Sanchez. Cláusula-perfil no seguro de automóvel: abusiva ou limitativa de direitos. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Privado vol. 91/2019, jul/2018.

SUSEP. Perguntas mais frequentes sobre seguros. Susep, [S.l]. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-seguros-1/>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. Único. 7^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil – Tomo II. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES,

Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

7º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados, editado pela SUSEP - Superintendência de Seguros Privados. Rio de Janeiro: Susep, 30 mai. 2019, p. 5. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf> Acesso em: 21 abr. 2020.





OPINIÃO

A Revogação de Benefícios Fiscais como Instrumento de Injustiça Tributária e Social

Heitor Alves de Oliveira¹

Resumo: O presente artigo pretende contextualizar as medidas adotadas pelo Estado de São Paulo para mitigar os impactos econômicos da pandemia de COVID-19 por meio da elevação de alíquotas tributárias do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). E, a partir de uma visão do contexto de crise, demonstrar a inadequação das medidas adotadas pelos decretos estaduais, colocando sob risco a plena operação do mercado privado de assistência à saúde, que exerce papel socialmente relevante e economicamente essencial tanto ao longo dos tempos quanto no momento atual. Também serão evidenciadas as inconstitucionalidades das medidas, cujos efeitos negativos são sentidos em algumas realidades locais e que poderão se expandir para todo o país. Por fim, intenta-se apresentar o papel do Estado em momentos de crise e os rumos esperados para uma boa gestão tributária que congregue de forma harmoniosa e proporcional a proteção social e o desenvolvimento econômico.

Abstract: This article aims to contextualize the measures adopted by the State of São Paulo to mitigate the impacts of the COVID-19 pandemic by raising tax rates of the Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS). And, from a view of the crisis context, demonstrate the inadequacy of the measures adopted by state decrees, putting at risk a full operation of the private health care market, which plays a socially relevant and economically essential role both over time and as at the present time. The unconstitutionalities of the measures will also be evidenced, including the negative effects that are felt in some local realities and that could expand throughout the country. Finally, the intention is to present the role of the State in times of crisis and the expected directions for good tax management that harmoniously and proportionally bring together social protection and economic development.

Palavras-Chave: ICMS, COVID-19, Tributação, Benefício Fiscal, Saúde, Medicamentos, Planos de Saúde.

¹ Advogado, formado em 2013 pela Universidade Federal de Viçosa.

Keywords: ICMS, COVID-19, Taxation, Tax Benefit, Health, Medicines, Health insurance.

A administração tributária enfeixa em si duas dimensões indissociáveis, que conjugam interesses ligados à Administração Pública e à iniciativa privada. Sob a ótica do ente estatal, o sistema tributário assegura receitas que permitem viabilizar a manutenção da atividade pública e operacionalizar ações de relevância que atendam aos anseios comuns da coletividade.

Alexander Hamilton, influente economista do século XVIII que desempenhou participação ativa na formulação da Constituição dos Estados Unidos da América, ao escrever uma de suas passagens nos clássicos escritos denominados *Federalist Papers*, examinou os fundamentos da tributação pelo Estado e assentou (em tradução livre):

Dinheiro é, apropriadamente, considerado como o princípio vital do ente político, por ser o que sustenta sua vida e movimento, e permite que ele desempenhe suas funções mais essenciais. Um poder completo, portanto, para adquiri-lo de forma regular e adequada, dentro do que os recursos da comunidade permitem, pode ser visto como um ingrediente indispensável em toda constituição. Caso uma deficiência neste particular ocorra, uma de duas desgraças devem surgir; ou a população vai ser sujeita a uma contínua pilhagem, em substituição a um melhor modo de financiar o bem-comum, ou o governo vai afundar em uma fatal atrofia, e em curto período de tempo, perecer².

Extrai-se que a finalidade primordial da tributação é conferir vida ao ente público estabelecendo uma vinculação transparente entre os

² HAMILTON, Alexander. Federalist Papers n. 30 - Concerning the General Power of Taxation in VIOL, Andréa Lemgruber. A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade, 2008. Disponível em <https://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/texto02afinalidadedatributacao.pdf>. Acesso em 13/04/2021. No original: *Money is, with propriety, considered as the vital principle of the body politic; as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions. A complete power, therefore, to procure a regular and adequate supply of it, as far as the resources of the community will permit, may be regarded as an indispensable ingredient in every constitution. From a deficiency in this particular, one of two evils must ensue; either the people must be subjected to continual plunder, as a substitute for a more eligible mode of supplying the public wants, or the government must sink into a fatal atrophy, and, in a short course of time, perish.*

governantes e a sociedade, sem se ignorar que, caso a tributação não seja claramente definida e conformada no terreno da legalidade, será entendida como instrumento de financiamento estatal ilegítimo e desproporcional.

Por outro lado, sob a ótica da iniciativa privada, a importância do sistema tributário reside na garantia de proteção e de contrapartidas públicas às suas atividades e na justa distribuição de obrigações tanto entre pessoas físicas quanto entre pessoas jurídicas, de forma que os recursos arrecadados tenham como destinação, ainda que não em caráter primordial, a promoção de iniciativas caras ao bem-estar dos diversos grupos sociais e à estruturação e ao desenvolvimento de um ambiente econômico apropriado às expectativas dos agentes produtivos e consumidores.

Muito embora a realidade brasileira torne discutível a efetiva proteção e o fomento eficaz às atividades particulares, sejam produtivas ou não, e a disponibilização de contrapartidas eficazes ao desempenho dos setores empresariais, não se perde de vista que a administração tributária exercida pelo Estado dispõe de mecanismos que permitem incrementar o estímulo a determinados setores, bens e serviços classificados como estratégicos e relevantes para a economia e para o mercado consumidor.

Justo por isso, alguns destinatários do poder estatal de tributar gozam de benefícios fiscais, consistentes na redução ou eliminação de ônus tributário nos termos de lei ou de norma específica, usualmente buscando-se impulsionar o desenvolvimento e atrair investimentos capazes de gerar renda e empregos, ou mesmo almejando reduzir desigualdades pela desoneração de bens considerados essenciais para a população em geral.

Nessa seara, coexistem algumas modalidades de benefícios fiscais propiciadas pela administração pública à atividade empresária, especialmente a anistia ou redução de débitos, a isenção, a redução de base de cálculo, a subvenção e o crédito presumido.

Em linhas gerais, têm-se a anistia ou a redução de débitos quando o contribuinte possui débitos tributários em aberto, ou seja, já incidiram tributos sobre as rendas auferidas e a Administração Pública oferece possibilidades de pagamento com redução de multas ou juros. Por outro lado, nos casos da isenção, da redução da base de cálculo ou do crédito presumido, verifica-se uma renúncia do Estado à receita

tributária antes mesmo do nascimento da obrigação tributária, seja por meio da redução da alíquota, da base de cálculo ou da concessão de um crédito a ser descontado na apuração do tributo devido.

Introduzindo-se de fato na matéria desse breve trabalho, podemos citar como exemplo notório de isenção fiscal que permite a exclusão do crédito tributário pelo afastamento da incidência dos tributos sobre certas operações, especificamente em relação ao mercado de assistência privada à saúde, os benefícios fiscais que são concedidos no recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em relação às operações realizadas com (i) equipamentos e insumos utilizados em cirurgias, (ii) medicamentos genéricos, (iii) medicamentos para tratamento da Gripe H1N1, (iv) medicamentos para tratamento do HIV, (v) medicamentos para tratamento de câncer e (vi) cadeiras de rodas e próteses.

Tais concessões estão asseguradas pela sistemática prevista na Lei Complementar nº 24/1975, que prescreveu que as isenções e demais benefícios fiscais relativos ao ICMS somente serão concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, os quais são firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), integrado equitativamente por representantes de todos os mencionados entes federativos, em reuniões que contem com representantes de todos os referidos entes políticos, sob a presidência do Governo Federal³.

A legislação complementar não somente cuidou da necessária representatividade do colegiado, mas também estabeleceu que, para ser deferida a pretendida concessão de benefício fiscal, exige-se decisão unânime dos Estados representados e do Distrito Federal, enquanto a revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes⁴.

E assim, em observância ao regramento legal firmado pelo legislador, foram concedidos os benefícios fiscais supramencionados

³ Lei Complementar nº 24/1975 – Artigo 2º: Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

⁴ Lei Complementar nº 24/1975 – Artigo 2º [...] § 2º A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

ao mercado de assistência privada à saúde por intermédio dos Convênios CONFAZ nºs 162/1994, 01/1999, 140/2001, 10/2002 e 73/2010.

Os espíritos social e econômico emanados pelos Convênios CONFAZ descortinam a capacidade da administração tributária contribuir para a promoção de direitos sociais constitucionalmente assegurados, uma vez que a redução dos custos dos produtos, insumos e medicamentos de ampla utilização se enquadra perfeitamente como uma política econômica voltada à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, nos termos do artigo 196 da CRFB/1988.

Uma verdadeira experiência prática do que o professor José Afonso da Silva intitula como sendo os elementos socioideológicos da ordem econômica, que seriam

[...] o conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. O primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direito do homem, como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos de poder; o segundo busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo⁵.

Portanto, a política econômica voltada à promoção das ações de saúde, sejam públicas ou privadas, se encontra na interface entre Estado, sociedade e mercado, cada qual com suas participações bem delineadas. A sociedade provê o financiamento com impostos e contribuições, tem atitudes e preserva valores em relação ao corpo e ao bem-estar, comportando-se de modo a afetar a saúde coletiva e individual; o Estado define normas e obrigações, arrecada os recursos e os aloca em programas e ações, cria estímulos para produção de bens e serviços, desenvolve tecnologias e forma recursos humanos; e a iniciativa privada produz insumos, oferece serviços de assistência e participa da oferta de serviços e da formação de recursos humanos.

O ano de 2020, entretanto, com a impiedosa pandemia da COVID-19, deprimiu não somente o cenário sanitário mundial, mas

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 36^a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 793.

também o cenário econômico global, com evidentes reflexos em todos os contextos geográficos, inclusive no Brasil, onde as dificuldades para se debelar os efeitos nocivos da propagação do patógeno são mais do que evidentes.

Segundo dados divulgados em novembro de 2020 pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios empreendida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNAD COVID-19)⁶, o desemprego atingia cerca de 30 milhões de pessoas (14,4% da população) e o desalento pela busca de trabalho vitimava outras 15,3 milhões de pessoas, medidas naturalmente decorrentes das limitações de circulação e de convivência social impostas para tentar frear a circulação do vírus.

Retrato fiel desses impactos também foi revelado pela PNAD COVID-19, ao demonstrar que, de forma mais tímida, cerca de 879 mil pessoas ocupadas foram afastadas de seus postos de trabalho e deixaram de receber remuneração, e, em maior e muito mais assombrosa medida, cerca de 29 milhões de domicílios (41% do total) receberam o afamado auxílio emergencial, com rendimento médio de R\$ 558,00.

Em suma, esses obstáculos à normalização da vida social e econômica exigiram medidas governamentais visando sanear as finanças públicas, que foram fortemente atingidas pela redução no ritmo das atividades e pela ampliação dos gastos para atendimento dos estratos mais vulneráveis da sociedade.

A partir desse racional, o Estado de São Paulo promulgou a Lei Estadual nº 17.293/2020 – que estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas –, autorizando a redução dos benefícios fiscais e financeiros-fiscais relacionados ao ICMS, posteriormente sucedida pela publicação, em caráter regulamentador, dos Decretos Estaduais nºs 65.254, de 14/10/2020, e 65.255, de 15/10/2020, os quais foram responsáveis por promover alterações na disciplina legal do ICMS e por liberar o aumento da tributação nas operações realizadas exclusivamente por entidades privadas, como anteriormente indicado, com (i) equipamentos e insumos utilizados em cirurgias, (ii) medicamentos genéricos, (iii) medicamentos para

⁶Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios COVID-19 2020. Disponível em <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em 13/04/2021.

tratamento da Gripe H1N1, (iv) medicamentos para tratamento do HIV, (v) medicamentos para tratamento de câncer e (vi) cadeiras de rodas e próteses.

As medidas, a despeito de seu nítido intento saneador, se mostraram inconstitucionais desde o nascedouro, violando princípios constitucionais e suplantando procedimentais legais que têm por razão de existir conferir legitimidade e proporcionalidade à atividade tributária estatal.

Não há dificuldades em se identificar violação ao princípio da legalidade tributária, cuja essência comunica que as leis que instituem ou aumentem tributos sejam elaboradas pelo órgão de representação popular, o que não se concretizou, sendo preciosos os ensinamentos de Aliomar Baleeiro no sentido de que *o tributo é ato de soberania do Estado na medida em que sua cobrança é autorizada pelo povo, através da representação*⁷.

Sobre o tópico, o professor Roque Antonio Carrazza ensina, em relação aos Convênios CONFAZ e ao processo legislativo inerente à aprovação e à revogação dos benefícios fiscais:

Detalhando o assunto, os Estados e o Distrito Federal devem, para conceder isenções de ICMS, firmar entre si convênios. Não são estes, porém, que as fazem nascer. Apenas integram o processo legislativo necessário à concessão destas desonerações tributárias. Elas surgem - ou deveriam surgir - do decreto legislativo ratificador do convênio interestadual⁸.

No mesmo diapasão, os decretos estaduais também estão eivados de vício por violação ao princípio da segurança jurídica, pois a imprevisibilidade da duração dos benefícios fiscais e o respeito ao procedimento formal podem repercutir negativamente, por exemplo, aos demais Estados que podem ter a sua arrecadação prejudicada por deixar de cobrar um tributo em determinada operação, sob o acordo coletivo de que aquela operação não deveria ser onerada.

⁷ BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar: Direito Tributário Brasileiro*, 3^a Edição.

⁸CARRAZZA, Roque Antonio. *Convênios ICMS e art. 14 da lei de Responsabilidade Fiscal - Sua Inaplicabilidade - Questões Conexas*, Revista de Estudos Tributários 16, Porto Alegre, 2000.

Seguem as inconstitucionalidades, agora por violação ao princípio da isonomia tributária, que veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, explicitado pela diferenciação entre a rede privada e o setor público, que têm igual atribuição constitucional de promover o direito à saúde, inexistindo razões para que os ônus da assistência à saúde sejam repassados apenas às operações realizadas com pessoas jurídicas que não sejam classificadas como hospitais públicos e santas casas.

O princípio da capacidade contributiva também não foi poupadão, na medida em que os decretos estaduais impõem ônus aos cidadãos que necessitam utilizar o sistema de saúde com mais frequência do que os cidadãos saudáveis, situando-os em patamares desiguais, com o agravante de que, como consequência direta, o incremento dos valores dos planos privados de assistência à saúde não acompanhará o aumento do poder aquisitivo da população, o que inevitavelmente os tornará menos atrativos aos beneficiários, que sobrecarregarão ainda mais o sistema público da saúde.

E, não menos importante, maculou-se o princípio da solidariedade social, que se conecta com o direito fiscal quando obsta que se exija tributo naqueles casos que acarretam diminuição da capacidade contributiva de determinados indivíduos que, para além dos gastos normais, têm que arcar com custosos tratamentos de saúde para o enfrentamento de doenças graves, como o HIV/AIDS e o câncer, elos solidários rompidos pelos decretos estaduais ao exigir impostos sobre despesas realizadas para o combate dessas severas enfermidades.

Além disso, extrapolando os aspectos eminentemente jurídicos da discussão, a legislação e os atos administrativos derivados se caracterizaram pela inconveniência e pelo despropósito, na medida em que representaram um aumento geral de custos ao setor de saúde suplementar no momento em que o país sevê imerso em uma crise sanitária sem precedentes e às portas de uma grave recessão econômica.

A título informativo, o Brasil se posicionou em 21º lugar em um ranking de crescimento econômico de 50 países avaliados no ano de 2020, sendo rebaixado para a 12ª posição dentre as economias globais, segundo a agência de classificação de risco Austin Rating, além de experimentar redução de 4,1% em seu Produto Interno Bruto (PIB) no ano de 2020, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em sentido similar, e realçando a delicada situação econômica nacional, a Superintendência de Estudos e Projetos (SUESP) da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg), em seu documento intitulado Acompanhamento das Expectativas Econômicas, projetou que

[...] dada a assimetria de riscos desfavorável para a inflação, o mercado enxerga que isso quer dizer juros mais altos e, por isso, a projeção mediana para a taxa Selic ao final deste ano subiu de 5,00% para 5,25% esta semana. Para o final do ano que vem, a projeção para os juros básicos foi mantida em 6,00%. Em março, o IPCA subiu 0,93%, o maior para um mês de março desde 2015, mas ainda assim um pouco abaixo das projeções de mercado. No entanto, preocupa que o arrefecimento observado nos preços da alimentação em domicílio – que foram os grandes vilões do atual repique inflacionário – esteja sendo compensado por um aumento na inflação dos preços dos bens industriais – que sofrem com o aumento de custos expressos nos índices de inflação do atacado e com a escassez de insumos em alguns setores –, além do aumento nos preços de bens e serviços administrados. No ano, o índice acumula variação de 2,05% e, em 12 meses, de 6,10%, já bastante acima, portanto, do teto da meta para 2021, que é 5,25%. Com isso, a mediana a projeção para o IPCA este ano passou de alta de 4,81% para 4,85%. A projeção para a inflação oficial em 2022 foi de 3,52% para 3,53%⁹.

Ou seja, a despeito de se estar vivenciando um cenário econômico amplamente desfavorável, o Governo do Estado de São Paulo concorre para a piora das relações econômico-financeiras, proporcionando um nocivo aumento de custos, sobretudo no atual momento de pandemia atravessado pelo país, em especial para o setor de assistência privada à saúde.

Importante salientar que os impactos negativos serão sentidos em toda a cadeia produtiva da saúde, desde o primeiro dos fornecedores até o último dos consumidores, percorrendo uma trilha complexa que envolve operadoras de planos de saúde, prestadores de serviços

⁹ Acompanhamento de Expectativas Econômicas nº 145 – Abril/2021 – Semana 2. Disponível em https://cnseg.org.br/data/files/80/D0/48/E9/E67C87105FF0A8873A8AA8A8/20210412_expectativas_economicas.pdf. Acesso em 14/04/2021.

assistenciais, distribuidores de medicamentos, dentre outros, que atuam em relativa sincronia para assegurar a disponibilização de assistência qualificada aos beneficiários.

E aqui não se utiliza de figura de retórica. Já estão sendo sentidos os efeitos deletérios da revogação dos benefícios fiscais levados a cabo pelo Governo do Estado de São Paulo: municipalidades paulistas estão declarando desertos procedimentos licitatórios para aquisição de medicamentos, diante da insuficiência orçamentária, para dispêndio com bens que agora tiveram seus preços elevados pela pressão dos custos decorrentes da elevação de alíquota do ICMS.

Isso evidencia também a possibilidade de desabastecimento e desassistência ampla no sistema público de saúde a nível nacional, que também vê sob risco a manutenção de programas governamentais considerados referência mundial, como o Programa Nacional de DST/AIDS (PN DST/AIDS), sob responsabilidade do Ministério da Saúde, que distribui gratuitamente medicamentos antirretrovirais e, nos dizeres da pesquisadora Jacilene Geaquito Leão Adriano, é internacionalmente reconhecido como uma das melhores experiências de política pública em saúde, especialmente nos países em desenvolvimento, e tido como exemplo pela sua ampla atuação, no campo da promoção, prevenção e tratamento¹⁰.

Sem se falar, obviamente, no acirramento de uma eventual guerra fiscal que poderá a levar os estados brasileiros a disputar a recepção de negócios mediante concessão de vantagens tributárias, no caso, relacionadas ao mercado privado de assistência à saúde, que poderá deteriorar as condições financeiras de todos os contendores e as condições econômicas locais.

No âmbito do mercado estritamente privado, abala-se a solvência das operadoras de planos privados de assistência à saúde e impacta-se de forma severa um regime de mutualismo que é pedra de toque do sistema, pois o equilíbrio atuarial não funciona apenas em prol das companhias, mas, muito pelo contrário, atende exatamente ao beneficiário ao permitir que se mantenha a higidez do fundo e, por decorrência, a continuidade de cobertura dos riscos de saúde a um preço viável para o grupo segurado.

¹⁰ ADRIANO, Jacilene Geaquito Leão. *Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. Disponível em <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/515.pdf>. Acesso em 14/04/2021.

Há de se concluir que a utilização dos mecanismos aptos a interferir positivamente nas obrigações tributárias deve, por óbvio, conduzir à melhor administração das receitas públicas, mas não somente com o intento de elevar a arrecadação a qualquer custo ao mesmo passo em que se olvida do pleno desenvolvimento econômico e social.

Não por acaso, foram apresentadas ao Poder Judiciário uma infinidade de medidas judiciais, pelos mais diversos setores econômicos atingidos, com o objetivo de derrubar as disposições previstas nos inúmeros decretos estaduais que revogaram os diversos benefícios fiscais aplicáveis ao regime de recolhimento do ICMS no Estado de São Paulo.

Atentos aos imediatos e iminentes abalos, entidades representativas das indústrias, de bares e restaurantes, revendedores e distribuidores de veículos, hospitais privados, planos privados de assistência à saúde, ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tanto no Tribunal de Justiça de São Paulo quanto no Supremo Federal, e, de forma quase uníssona, entoaram a inadequação dos atos legislativos que permitiram o incremento do ICMS, na medida em que penalizaram atividades econômicas que estão fragilizadas e que inevitavelmente foram penalizadas pelas medidas restritivas que a pandemia da COVID-19 demandaram.

Em sua obra clássica, Jean Jacques Rousseau nos ensina que

É no governo que se encontram as forças intermediárias, cujas relações compõem a do todo com o todo, ou do soberano com o Estado. Pode-se representar esta última relação pela dos extremos, de uma proporção contínua, cuja média proporcional é o governo. O governo recebe do soberano as ordens que dá ao povo, e, para que o Estado permaneça em bom equilíbrio, é necessário que, tudo compensado, haja igualdade entre o produto ou o poder do governo, tomado em si mesmo, e o produto ou o poder dos cidadãos, que por um lado são soberanos e, por outro, súditos.

[...] Enfim, como existe apenas uma média proporcional entre cada relação, não há, tampouco, mais que um bom governo possível num Estado. Como, porém, mil acontecimentos podem mudar as relações de um povo, não somente diferentes governos podem ser bons para diversos povos, mas também para o mesmo povo em diferentes épocas¹¹.

¹¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução: Antônio de Pádua Danesi – 3^a edição. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

Transmutando as bases teóricas da fundação do Estado moderno para os dias contemporâneos, temos que ao Estado cabe atuar no exercício do poder soberano que lhe foi concedido pelo voto, sempre com visão histórica e consequencialista, assumindo como referências a diligência e a perspicácia necessárias para compatibilizar interesses econômicos e direitos sociais, com a preservação da saúde financeira dos setores produtivos e a ampliação e o amadurecimento do mercado consumidor interno.

E esses movimentos, na realidade brasileira, terão como resultado lógico o incentivo ao desenvolvimento da iniciativa privada, com a consolidação do mercado privado de assistência à saúde como importante agente econômico e assistencial, e o atendimento das necessidades de toda a população, com a compatibilização da demanda por serviços de saúde à real capacidade de oferta dos ambientes público e privado.

A experiência atesta que o casuísmo não é a melhor solução para dificuldades complexas, impondo-se ao gestor público a busca por soluções inovadoras e eficazes que não fragilizem a confiança da coletividade, tampouco representem retrocesso em conquistas já alcançadas, sob pena de se deixar um legado tão pernicioso quanto a realidade que se quer superar.

Deve-se evitar a todo custo o controle de assuntos jurídicos e econômicos na busca por correção de situações pontuais, sem sistematização ou sentido evolutivo.

BIBLIOGRAFIA

ADRIANO, Jacilene Geaquito Leão. *Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. Disponível em <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/515.pdf>. Acesso em 14/04/2021.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar: Direito Tributário Brasileiro*, 3^a Edição.

BRASIL, Lei Complementar nº 24/1975.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Convênios ICMS e art. 14 da lei de Responsabilidade Fiscal - Sua Inaplicabilidade - Questões Conexas*, Revista de Estudos Tributários 16, Porto Alegre, 2000.

Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Acompanhamento de Expectativas Econômicas nº 145 – Abril/2021 – Semana 2. Disponível em https://cnseg.org.br/data/files/80/D0/48/E9/E67C87105FF0A8873A8AA8A8/20210412_expectativas_economicas.pdf. Acesso em 14/04/2021.

HAMILTON, Alexander. Federalist Papers n. 30 - Concerning the General Power of Taxation, 1787.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios COVID-19 2020. Disponível em <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em 13/04/2021.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução: Antônio de Pádua Danesi – 3^a edição. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 36^a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

VIOL, Andréa Lemgruber. *A Finalidade da Tributação e sua Diffusão na Sociedade*, 2008.

A validade do contrato de seguro de responsabilidade civil *claims made*

André Brandão Nery Costa¹

Resumo: O texto analisa a validade do tipo de seguro à base de reclamação, modalidade de seguro de responsabilidade civil, chamada também de *claims made*. Esse exame é feito, inicialmente, sob a perspectiva estrutural, ao passo que, na segunda parte do trabalho, será examinada a abusividade dessa cláusula por meio da perspectiva funcional. Realizou-se a análise comparada, sobretudo com a exame de recentes decisões da Corte de Cassação italiana.

Abstract: The text analyzes the validity of the *claims made* clause in liability insurance contract. This exam is initially based on the structural perspective, whereas in the second part of the paper the validity of this clause will be examined through a functional perspective. The article performed a comparative analysis, especially with the examination of recent decisions of the Italian Court of Cassation.

Palavras-chave: Contrato de seguro de responsabilidade civil. Validade. Abusividade.

Keywords: Civil liability insurance contract. Validity. Abusiveness.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Anatomia do contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação no direito. Sua disciplina pela SUSEP. 2. Interesses tutelados no contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação. 3. A validade da cláusula *claims made* no regime do Código Civil. 3.1. Impertinência do argumento de alteração dos prazos prescricionais pela cláusula à base de reclamação. 3.2. Existência de riscos na cláusula à base de reclamação. 3.3. Seguro de responsabilidade à base de reclamação não implica renúncia a direito resultante da natureza do contrato. 4. Exame da validade da cláusula da *claims made* sob o perfil funcional. 4.1. Vicissitudes da discussão sobre a cláusula à base de reclamação no ordenamento italiano. 4.1.1. Análise do merecimento de tutela da cláusula

¹ Doutorando em Direito na Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Direito pela Universidade de Paris – Panthéon-Sorbonne. Mestre e graduado em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

claims made pela Corte de Cassação italiana. 4.1.2. Prescrição de critérios pela doutrina para a análise de merecimento de tutela. 4.1.3. Decisão de 2017 da Corte de Cassação italiana (Cass., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506). 4.2. A cláusula à base de reclamação em outros ordenamentos. 4.3. A validade da cláusula *claims made* no ordenamento brasileiro sob o perfil funcional: abusividade, boa-fé objetiva, função social do contrato e não merecimento de tutela. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Introdução

O contrato de seguro de responsabilidade civil encapsula a obrigação do segurador de garantir o resarcimento do segurado por fato danoso a este imputado. Esse subtipo do contrato de seguro encontra-se delineado nos arts. 787 e 788 do Código Civil, e se divide em duas modalidades. A mais frequente na prática comercial consiste na modalidade *à base de ocorrência*, chamada também na atividade securitária de *loss occurrence* (ou também *loss occurrence basis*). A outra modalidade, menos difundida no Brasil em comparação com a anterior, denomina-se apólice *à base de reclamação*, ou *claims made*², em referência à sua origem como decorrente da prática comercial americana³. Apesar da sua consolidada comercialização, a doutrina e a jurisprudência ainda são tímidas ao tratar do argumento, sendo, por isso, necessária a utilização do direito comparado para enfrentar a matéria.

² Assim como entende Ricardo Bechara Santos (SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 525), a menção dos termos em inglês *loss occurrence* e *claims made* não representa uma escolha estilística, mas o reconhecimento da sua ampla difusão na prática comercial.

³ A doutrina relata que essa modalidade de seguro de responsabilidade civil originou-se em Nova York em 1985. Cf. BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades*. In: Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (coords.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 365; SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., p. 525. Carla Mendes e outros, todos servidores da SUSEP, ressaltam que a introdução da cláusula *claims made* foram concebidas e introduzidas no mercado mundial pelo *Insurance Services Office* em 1986, ao lançar a sua versão da apólice *Commercial General Liability*. Cf. MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*. Revista Brasileira de Risco e Seguro, v. 3, v. 6, pp. 135-170, out. 2007/mar. 2008, p. 142.

As duas modalidades de seguro de responsabilidade civil se diferenciam em razão dos elementos para a configuração do sinistro. Na apólice à base de ocorrência, para ser deflagrado o resarcimento devido pelo segurador, o dano ao segurado ou o fato gerador desse dano deve ter ocorrido durante a vigência do contrato. Já na outra modalidade, o sinistro se perfaz com, além da ocorrência do ilícito no período estabelecido em contrato, a reclamação da vítima ao seguro no período da apólice. Os pressupostos para a configuração do sinistro no contrato *claims made* são complexos; exigem-se conjuntamente dois elementos: o evento ilícito imputado ao segurado e a reclamação apresentada pela vítima.

O campo de atuação da modalidade *claims made* é variado, assumindo uso particular a depender de cada mercado securitário. Nos Estados Unidos, tal cláusula⁴ atingiu elevado sucesso. Com a crise securitária ali corrida nos anos 70, os contratos de seguro de responsabilidade civil contendo cláusula à base de reclamação migraram de setor específica, da responsabilidade civil de profissional liberal, sobretudo a médica, para adquirir *status* geral, em substituição ao sistema de *loss occurrence*⁵. O seu campo de abrangência é mais reduzido em outros países. Isso não impede sua difusão em alguns mercados, em que ele é um dos principais modelos disponíveis na área de seguro de riscos profissionais⁶, especialmente em algumas modalidades de responsabilidade ambiental, e de responsabilidade por produto, como os farmacêuticos⁷.

⁴ O termo *cláusula* será utilizado metonimicamente ao longo texto para designar o contrato de seguro de responsabilidade civil ao se tratar das suas modalidades. Estas se diferenciam especialmente pela inserção de cláusula disciplinando a modalidade de ocorrência do sinistro no seguro de responsabilidade civil. Portanto, pode-se estabelecer relação direta entre essa cláusula e a qualificação do contrato e a possibilidade de utilizar o termo *cláusula*.

⁵ CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*. I Contratti, 2016, 8-9, pp. 759-770, p. 759.

⁶ Ugo Carnevali relata que, no mercado italiano, tal modalidade se tornou cláusula padrão nos contratos de seguro de responsabilidade civil de profissional liberal (CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 759).

⁷ Indicam Alessandro Palmieri e Roberto Pardolesi (PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “*Claims made*”, “*code lunghe*” e *ostracismi giudiziari*, in

A apólice à base de reclamação foi introduzida no mercado brasileiro em 1988 por meio do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB⁸. Mesmo com o lento processo de assimilação⁹, atualmente tal seguro é bastante usado no mercado brasileiro para assegurar nas atividades de profissionais liberais, incluindo de diretores e administradores de sociedades¹⁰, e de indústrias de medicamentos e de produtos químicos¹¹. A tal ponto atingiu a sua utilização nessas áreas que se defende que essa modalidade tenha atingido a massificação¹².

1. Anatomia do contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação. Sua disciplina pela SUSEP

O seguro de responsabilidade civil garante o segurado contra o pagamento de perdas e danos a terceiro. Esta é a genérica definição do

Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506. Danno e responsabilità, 2017, fasc. 4, pp. 445-452, p. 447) tal tendência no mercado italiano.

⁸ MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 142.

⁹ Anotam os autores (MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 143) que o campo de utilização dessa modalidade de seguro consistiria inicialmente na proteção contra os *long tail exposures*, i.e. danos latentes, que se manifestam muito posteriormente à ocorrência do ilícito. Assinalam também as atividades em que tal categoria de dano ocorreria, como a responsabilidade civil profissional e de responsabilidade ambiental, não se asseguravam normalmente contra os riscos de suas atividades, o que reduziu o emprego do seguro *claims made* e acarretou a sua lenta assimilação comercial.

¹⁰ SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., pp. 527 e 529. A Circular SUSEP n. 553, de 23 de maio de 2017, disciplina o segurado de responsabilidade civil de diretores e administradores. Nesse âmbito, ela exige que tal seguro assuma necessariamente a configuração à base de reclamação (art. 4).

¹¹ MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 138. V. tb. LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 225.

¹² LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*, cit., p. 225. Este autor chega a afirmar que as apólices são praticamente unâmines na adoção do regime de *claims made*. Em sentido contrário, SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., p. 529.

art. 787 do Código Civil. O sinistro no seguro de responsabilidade civil se caracteriza, então, pelo dever do segurado de ressarcir terceiro pelo ilícito àquele imputado. O seguro de responsabilidade civil encontra-se também disciplinado na Circular n. 437/2012 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Essa disciplina geral não se aplica a algumas espécies de seguro (art. 6º da Circular n. 437/2012): o seguro de responsabilidade civil profissional, o seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de empresa, e o seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais.

O seguro de responsabilidade civil também se distingue com base na relevância temporal do sinistro. De acordo com doutrina especializada, o seguro de responsabilidade civil possui três modelos do elemento temporal do sinistro: i) a data de prática do fato gerador de dano; ii) a data de manifestação do dano; e iii) a data de apresentação de denúncia¹³. Essa diversa relevância temporal do sinistro permitiu a elaboração de modalidades de seguro de responsabilidade civil: o seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência e à base de reclamação.

A SUSEP realizou estudos com o escopo de examinar a validade do seguro de responsabilidade civil à base de reclamação no ordenamento brasileiro no início deste século¹⁴. Concluiu-se, inicialmente, pela inviabilidade jurídica desse seguro (argumentos ali utilizados serão enfrentados no item 3, *infra*). Após novo parecer do órgão regulador, este emitiu a Circular SUSEP n. 232/2003, permitindo sua comercialização e, em seguida, produziu também a Circular n. 252/2004, em substituição à anterior. Atualmente a SUSEP possui normativo (Circular n. 336, de 22 de janeiro de 2007) reconhecendo e detalhando essa cláusula, bem como impõe como obrigação dos seguradores a submissão à referida entidade das condições contratuais e das respectivas notas técnicas atuariais (art. 2º)¹⁵. Essa nova circular

¹³ LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*, cit., p. 223. Em sentido similar, v. CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*. 13. ed. Londres: LLP, 1997, p. 420 ss.

¹⁴ MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 143.

¹⁵ Além do referido normativo, a SUSEP também menciona essa modalidade de seguro de responsabilidade civil ao disciplinar o seguro de responsabilidade civil de diretor e administrador de pessoas jurídicas (Circular SUSEP n.

articula-se de maneira didática, havendo definido tanto a cláusula à base de reclamação, quanto a cláusula à base de ocorrência.

O seguro à base de reclamação serve de alternativa para atividades com o risco de latência prolongada ou sinistros com manifestação tardia (art. 1º do Anexo I da Circular n. 336/2007). Nessa modalidade de seguro, o normativo define dois elementos para a verificação do sinistro¹⁶: a) o dano deve ter ocorrido durante o período de vigência da apólice ou durante o período de retroatividade (período anterior ao início de vigência da apólice)¹⁷; e b) o terceiro deve apresentar reclamação durante a vigência da apólice, durante o prazo complementar (prazo adicional para a apresentação de reclamação pela vítima, iniciando a partir do final de vigência da apólice, sem cobrança de prêmio adicional)¹⁸, ou durante o prazo suplementar (prazo adicional para a apresentação de reclamação ao segurado pela vítima, iniciando a

553/2017), bem como de as regras básicas de comercialização de seguro de responsabilidade civil (Circular SUSEP n. 437/2012).

¹⁶ A referida circular assim define a apólice à base de reclamações: *II - apólice à base de reclamações ("claims made basis"): forma alternativa de contratação de seguro de responsabilidade civil, em que se define, como objeto do seguro, o pagamento e/ou o reembolso das quantias, respectivamente, devidas ou pagas a terceiros, pelo segurado, a título de reparação de danos, estipuladas por tribunal civil ou por acordo aprovado pela sociedade seguradora, desde que: a) os danos tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice ou durante o período de retroatividade; e b) o terceiro apresente a reclamação ao segurado: 1. durante a vigência da apólice; ou 2. durante o prazo complementar, quando aplicável; ou 3. durante o prazo suplementar, quando aplicável* (art. 3º, II do Anexo I, da Circular SUSEP n. 336, de 22 de janeiro de 2007). A SUSEP emitiu tal ato normativo com base nos poderes conferidos pelo art. 36, c do Decreto-lei n. 73/1966 e pelo art. 34, III do Decreto-lei 60.459, que atribuem a ela os poderes de disciplinar as condições de apólices.

¹⁷ Art. 3º, III e IX do Anexo I da Circular n. 336/2007 da SUSEP: *III - data limite de retroatividade ou data retroativa de cobertura: data igual ou anterior ao início da vigência da primeira de uma série sucessiva e ininterrupta de apólices à base de reclamações, a ser pactuada pelas partes por ocasião da contratação inicial do seguro; (...) IX - período de retroatividade: intervalo de tempo limitado inferiormente pela data limite de retroatividade, inclusive, e, superiormente, pela data de início de vigência de uma apólice à base de reclamações.*

¹⁸ Art. 3º, X do Anexo I da Circular n. 336/2007 da SUSEP: *prazo complementar: prazo adicional para a apresentação de reclamações ao segurado, por parte de terceiros, concedido, obrigatoriamente, pela sociedade seguradora, sem cobrança de qualquer prêmio adicional, tendo início na data do término de vigência da apólice ou na data de seu cancelamento, nos termos do artigo 9º deste anexo"*

partir do fim do prazo complementar da apólice, com a cobrança de prêmio adicional)¹⁹. A fim de minimizar a assimetria informativa, é estabelecido, ainda, que as apólices deverão indicar expressamente em seu frontispício a sua vigência e o período de retroatividade (art. 4º). A referida regulamentação também estabelece duração mínima de um ano do período de retroatividade (art. 4º, parágrafo único) e o mesmo período mínimo complementar (art. 9º)²⁰.

A cláusula de seguro à base de reclamação pode ser moldada de diversas maneiras para atender aos interesses das partes. A prática comercial a divide em duas classes: a cláusula *claims made* pura e a *claims made* mista ou impura. A primeira categoria assegura o resarcimento das reclamações informadas ao segurado durante período de vigência do seguro, a prescindir da data de realização do ilícito²¹. A cláusula

¹⁹ Art. 3º, XI do Anexo I da Circular n. 336/2007 da SUSEP: “prazo suplementar: prazo adicional para a apresentação de reclamações ao segurado, por parte de terceiros, oferecido, obrigatoriamente, pela sociedade seguradora, mediante a cobrança facultativa de prêmio adicional, tendo início na data do término do prazo complementar. Esta possibilidade deve ser invocada pelo segurado, de acordo com procedimentos estabelecidos na apólice.

²⁰ Art. 9º do Anexo I da Circular n. 336/2007 da SUSEP: “Art. 9º A CLÁUSULA DE PRAZO COMPLEMENTAR deverá prever que será concedido ao segurado, sem qualquer ônus, um prazo adicional para a apresentação de reclamações, por terceiros, de, no mínimo, um ano, contado a partir do término de vigência da apólice, nas seguintes hipóteses: I - se a apólice não for renovada; II - se a apólice à base de reclamações for transferida para outra sociedade seguradora que não admita, integralmente, o período de retroatividade da apólice precedente; III - se a apólice for substituída por uma apólice à base de ocorrência, ao final de sua vigência, na mesma sociedade seguradora ou em outra; IV - se a apólice for cancelada, desde que o cancelamento não tenha ocorrido por determinação legal, por falta de pagamento do prêmio ou por o pagamento das indenizações ter atingido o limite máximo de garantia da apólice, quando este tiver sido estabelecido. § 1º Deverá ser ainda esclarecido que: I - o prazo complementar concedido não se aplica às coberturas cujo pagamento de indenizações tenha atingido o respectivo limite agregado; e II - o prazo complementar concedido também se aplica às coberturas previamente contratadas e que não foram incluídas na renovação da apólice, desde que estas não tenham sido canceladas por determinação legal, ou por falta de pagamento do prêmio. § 2º Deverão estar claramente expressas, nas condições contratuais: I - o prazo complementar concedido, obedecido o prazo mínimo disposto no caput deste artigo; e II - a informação de que a contratação do mesmo não acarreta, em hipótese alguma, a ampliação do período de vigência do contrato de seguro”.

²¹ Essa modalidade não possui larga difusão na prática comercial, observa a doutrina. A cláusula *claims made* normalmente visa a evitar ser o segurador exposto a indenizações por fatos danosos ocorridos então há quinze ou

claims made impura, por outro lado, prevê a deflagração da cobertura securitária quando o fato ilícito e o requerimento de resarcimento ocorram no período de vigência do contrato e, a depender da apólice²², também em período limitado de retroação dos efeitos. Na prática internacional, o período de retroação é de dois ou três anos, às vezes cinco anos²³.

Por outro lado, de acordo com o referido ato normativo, o seguro à base de ocorrência se configura com o acontecimento do dano durante o período de vigência da apólice²⁴. Em outras palavras, a SUSEP optou expressamente pela delimitação do sinistro à ocorrência de *danos* durante a vigência do contrato. Essa definição é relevante para a referida circular, pois se pode estabelecer no contrato *cláusula de transformação de apólice*, que permite ao segurado converter o seguro à base de reclamação em apólice à base de ocorrência (art. 11).

Essa conceituação do seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência deve ser interpretada como voltada unicamente para a aludida circular e, portanto, para a aplicação da cláusula de transformação do seguro. Não pode a definição disposta na circular

vinte anos, como poderia acontecer no regime à base de ocorrência. O ilimitado período anterior para a ocorrência do dano da cláusula *claims made* pura apresenta o mesmo inconveniente da outra modalidade de seguro de responsabilidade civil. Nesse sentido, v. CARNEVALI, Ugo. *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 759.

²² A circular n. 336/2007 da SUSEP exige período de retroação mínimo. Estaria, portanto, em desacordo com ela a estipulação de contrato sem período de retroação.

²³ CARNEVALI, Ugo. *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 759. Apesar dessa prática internacional, a audiência pública que resultou na circular da SUSEP disciplinando o seguro de responsabilidade civil à base de reclamação constatou a necessidade de alterar o prazo do período complementar de três anos, como inicialmente estipulado na circular, para apenas um ano.

²⁴ Art. 3º, I do Anexo I da Circular n. 336/2007 da SUSEP: *I - apólice à base de ocorrências: no caso do seguro de responsabilidade civil, como aquela que define, como objeto do seguro, o pagamento e/ou o reembolso das quantias, respectivamente, devidas ou pagas a terceiros, pelo segurado, a título de reparação de danos, estipuladas por tribunal civil ou por acordo aprovado pela sociedade seguradora, desde que: a) os danos tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice; e b) o segurado pleiteie a garantia durante a vigência da apólice ou nos prazos prescricionais em vigor.*

limitar demasiadamente essa modalidade de seguro, em ausência de previsão de lei ordinária²⁵. O sinistro coberto pelo seguro *loss occurrence* pode ser não apenas a ocorrência do dano, mas também a do seu fato gerador²⁶. Não é possível estabelecer antecipadamente qual o evento que deflagra a responsabilidade do segurador no seguro à base de ocorrência, pois este varia de contrato a contrato. Exige-se, sempre, a interpretação da cláusula para definir a configuração da sua responsabilidade²⁷.

Os eventos capazes de deflagrar a indenização no seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência podem ser o dano ou a conduta do segurado²⁸. Com a indicação do dano como evento deflagrador do sinistro, o marco temporal para a sua configuração pode ser diverso: a exposição a determinada atividade que acarrete o dano, o momento da ocorrência do dano, ou da sua manifestação²⁹. No contrato em que o sinistro é definido como a conduta do segurado, esta pode decorrer i) de um evento, ii) da pluralidade de eventos; ou iii) da atividade ou omissão³⁰. Dessa maneira, existem diversas balizas temporais para determinar a configuração do sinistro no seguro à base de ocorrência, cuja delimitação depende do estabelecido no contrato e não pode ser reduzida ao previsto em ato normativo voltado a disciplinar outra modalidade de contrato.

²⁵ Essa distinção é importante, porque a circunstância de a Circular n. 336 restringir a noção de seguro de responsabilidade à base de ocorrência não é ressaltada pela doutrina que tratou desse ato normativo. Por exemplo, v. MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., *passim*. Esse texto, inclusive, indica que um dos interesses que levariam as partes a celebrar contrato de responsabilidade civil à base de reclamação corresponderia à distância de tempo *entre a data em que ocorreu a ação ou omissão que produzirá, futuramente, os danos, e a data em que estes se manifestam de forma evidente* (p. 138). Tal constatação contrasta com a definição de seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência, em que a apólice deve cobrir os seus danos.

²⁶ Essa realidade é demonstrada com a comercialização de apólice de seguro contendo a definição de sinistro como a ocorrência de fato ilícito. A título de exemplo, cf. http://www.sescon-rs.com.br/conteudos/convenio_kor_condicoes_gerais_respcivil.pdf (último acesso 13.04.2018).

²⁷ CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*, cit., pp. 420 e 422.

²⁸ CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*, cit., pp. 421-429.

²⁹ CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*, cit., pp. 421-429.

³⁰ CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*, cit., pp. 421-429.

Por sua vez, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (Portaria n. 03/2001) considerou *abusiva*, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação (item 11)³¹. A entidade revogou referido item na Portaria n. 24/2004, não havendo mais a sua vedação expressa.

O tratamento ainda tímido, no Brasil, a respeito da validade do contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação impõe o desafio de oferecer olhar crítico à matéria, em confronto com reduzido número de trabalhos acadêmicos e de quase inexistente exame pelas cortes³². Daí a relevância de se buscar o paralelo em direito comparado, para se compor um mais rico panorama sobre a matéria, objeto do capítulo 4. A fim de iniciar o percurso escolhido para este texto, serão identificados os interesses das partes em tal modalidade de seguro e, por consequência, também suas vantagens e desvantagens para cada uma delas.

2. Interesses tutelados no contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação

A avaliação a ser conduzida a respeito das modalidades de seguro de responsabilidade leva em consideração elementos rígidos para permitir a adequada compreensão dos interesses envolvidos, bem como das vantagens e desvantagens. A realidade contratual é mais complexa, com a celebração de contratos com mais nuances, sem se prender a arquétipos ideais. A adequada avaliação dos interesses deve ser realizada em concreto, com base nos termos contratuais, cuja análise é sugerida no item 4, *infra*.

É preciso novamente destacar que o interesse principal na celebração dessa modalidade de seguro consiste na necessidade de proteção contra

³¹ Portaria n. 03/2001 da Secretaria de Desenvolvimento Econômico: *CONSIDERANDO que decisões judiciais, decisões administrativas de diversos PROCONS, e entendimentos dos Ministérios Públícos pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve: Divulgar o seguinte elenco de cláusulas (...) serão consideradas como abusivas (...): (...) 11. limite temporalmente, nos contratos de seguro de responsabilidade civil, a cobertura apenas às reclamações realizadas durante a vigência do contrato, e não ao evento ou sinistro ocorrido durante a vigência.*

³² A avaliação proposta se mostra ainda mais difícil, porque o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo não registram decisões questionando a validade da cláusula *claims made*.

eventual indenização decorrente de dano de formação progressiva, que se manifesta muito posteriormente ao momento de sua produção³³. Esse dano não seria coberto pelo seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência de dano durante a vigência da apólice. Exemplos dessa modalidade de dano seriam os efeitos nocivos derivados de um medicamento ou os danos produzidos pelo amianto³⁴.

Na hipótese de o evento deflagrador da responsabilidade ser a ocorrência do ato ilícito, esses danos causam inconvenientes para uma eficaz gestão de empresa securitária. A primeira dificuldade corresponde à fixação do prêmio do seguro, diante da complexidade de cálculos atuariais determinar a probabilidade de ocorrência de danos latentes. Um segundo inconveniente consiste na circunstância de eventuais erros atuariais recaírem em balanço futuro. O terceiro é representado pela prática do *incurred but not reported*, tendo acrônimo IBNR: os sinistros ocorridos durante o período de vigência da apólice loss occurrence e ainda não denunciados ao segurador comportam a impossibilidade de consolidar o balanço de apólice ao final do vencimento contratual, assim como a menor estabilidade da reserva técnica para sinistros ocorridos e ainda não denunciados na data de fechamento do exercício³⁵. Existe, enfim, com a apólice *loss occurrence*, a possibilidade de os seguradores sofrerem o risco de uma desfavorável

³³ V., entre tantos, CIOFFI, Carmine. *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola “claims made”*, cit., pp. 1526 ss.

³⁴ Ugo Carnevali ilustra essas hipóteses de danos latentes (CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 761). Na metade dos anos 80, verificou-se nos Estados Unidos que as fibras de amianto usadas para revestir as paredes causavam tumores pulmonares depois de uma latência de 15 a 20 anos. Por outro lado, também se faz referência aos efeitos nocivos do medicamento DES, produzido e comercializado por uma sociedade americana entre 1940 a 1969. Esse remédio tinha como objetivo prevenir interrupções involuntárias na gravidez. Ao fim dos anos 70, averiguou-se que o medicamente possuía efeitos cancerígenos sobre filhos nascidos de mulheres que o haviam tomado. Em 1985, uma corte federal americana condenou ao resarcimento do dano de todos os seguradores do produtor do medicamento pelos danos produzidos de 1942 em diante.

³⁵ Carla Mendes e outros autores (MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., *passim*), além do exemplo da latência do dano (que demonstra cerca incoerência em seu posicionamento, indicam que a apólice à base de ocorrência poderia manter por mais tempo as provisões, pois se

mudança das condições econômicas e jurídicas que se verifica no período intercorrente entre a ocorrência do ato ilícito e a tardia manifestação do dano³⁶.

Esses inconvenientes são superados, na visão dos seguradores, com a cláusula *claims made*: i) os custos da apólice podem ser estimados com base em critério no momento da tarifação dela, com o alinhamento entre a avaliação do risco ao momento da subscrição da apólice e o seu custo em sede de liquidação do dano; e ii) o risco IBNR não subsiste (no máximo existe o risco IBNER, *occurred but not enough reported*, isto é, aqueles sinistros ocorridos e denunciados, mas não corretamente estimados). Com a estipulação dessa cláusula, torna-se possível a consolidação do balanço de apólice no momento do vencimento desta, com a consequente maior estabilidade da reserva técnica de sinistros³⁷. Como resultado dessas características, elas podem repercutir por meio da fixação de prêmio menor ao segurado³⁸.

deveria esperar a finalização de prazo prescricional, que não é necessário no caso do seguro à base de reclamação.

³⁶ CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 761. Carla Mendes e outros estão substancialmente de acordo com os argumentos apresentados (MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., *passim*).

³⁷ Em sentido semelhante, v. Carmine Cioffi (CIOFFI, Carmine. *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola “claims made”*. Contratto e impresa, 2016, fasc. 6, pp. 1515-1533, pp. 1526 ss.), para quem a cláusula *claims made* fez emergir limites de cálculos estatísticos atuariais na determinação dos parâmetros de estimativa atendível. Assim também a decisão das Seções Unidas da Corte de Cassação italiana: (...) la sua [clausola *claims made*] consente alla società di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni, con quel che ne consegue, tra l'atro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere (item 4)]. Em tradução livre: sua cláusula [à base de reclamação] permite que a empresa conheça precisamente até quando será obrigada a manter a garantia e alocar no balanço os montantes necessários para cumprir as obrigações relacionadas, o que permite, entre outros, a facilitação no cálculo do prêmio a ser reivindicado.

³⁸ Carla Mendes e outros constatam que a cláusula à base de reclamação permite a fixação, especialmente nos primeiros anos da apólice, de prêmios inferiores em comparação ao seguro à base de ocorrência (cf. MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 140). A razão por tal preço inferior seria o fato de esta última modalidade de seguro

Essa modalidade de seguro de responsabilidade civil ainda comporta outras vantagens ao segurado. O limite da apólice muito provavelmente será em patamar superior em comparação com apólice à base de ocorrência. Ela também cobre danos decorrente de fatos ocorridos antes da vigência do contrato.

Como aspecto negativo, o seguro de responsabilidade civil à base de reclamação pode gerar *buraco de garantia*. Como a apólice apenas poderá ser acionada com a ocorrência de reclamação pela vítima até o fim de sua vigência ou do período complementar, torna-se provável a ausência de proteção do segurado pelos danos ocorridos em proximidade ao período complementar. A vítima em muitos casos demora a adotar medida judicial ou extrajudicial. É sustentado, inclusive, que, sendo verificado fato danoso há um ano do fim da apólice, esta se transforma em inútil garantia³⁹. A duração do contrato, portanto, possui elevada importância para a efetiva proteção do segurado.

Essa situação se agrava diante do complexo funcionamento dessa modalidade de seguro. A sua clareza é inferior ao seguro à base de ocorrência do ponto de vista do cliente, por ser o seu funcionamento de difícil intelecção, o que eleva a assimetria informativa entre o cliente e o segurador⁴⁰. Existe a maior probabilidade de o prazo de duração do contrato de seguro *claims made* não satisfazer os interesses do segurado e de não assegurá-lo adequadamente em sua atividade, a despeito da exigência de indicação no frontispício da apólice do período de vigência e daquele de retroação (art. 4º da Circular n. 336/2007). É necessário, portanto, que o segurado comprehenda o mecanismo de funcionamento do contrato, bem como a que ele serve, sob pena de restar inútil.

de responsabilidade civil continuar ativa após o término de sua vigência até o esgotamento dos prazos prescricionais. O seguro com cláusula à base de reclamação limita a indenização ao segurado à reclamação de terceiro, que possui menor probabilidade de ocorrer considerando o período de vigência da apólice.

³⁹ CARNEVALI, Ugo. *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 763.

⁴⁰ PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “*Claims made*”, “*code lunghe*” e *ostracismi giudiziari*, in *Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506*, cit., p. 446.

A identificação dos interesses que levam as partes a celebrar tal modalidade de seguro de responsabilidade civil não apenas permite a melhor caracterização da relação contratual, como também fornece instrumento para avaliar a validade desse contrato. Esse exame será dividido em duas partes. Na primeira, realizado no capítulo 3, essa modalidade de contratação passará pelo escrutínio de normas legais, examinadas sob a perspectiva estrutural. Em um segundo momento, os interesses das partes serão especificamente considerados para examinar a validade do regramento contratual sob o aspecto funcional. Esta avaliação se desenvolverá no capítulo 4.

3. Validade do contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação, no regime do Código Civil

No exame estrutural da validade do contrato, serão tratados os argumentos suscitados a favor da invalidade dessa modalidade, por ela representar alteração de prazo prescricional, bem como por implicar a inexistência de risco (ou a configuração de risco putativo) e também a renúncia antecipada de direito decorrente da natureza do contrato. É necessário considerar que a disciplina disposta pela SUSEP para essa modalidade de seguro não afasta a avaliação do contrato com base em previsão de lei ordinária. Os parâmetros estabelecidos pela SUSEP são relevantes, em especial para análise desenvolvida no capítulo 4, mas eles não excluem a possibilidade de o escrutínio ser realizado considerando outros dispositivos presentes no ordenamento.

Como já ressaltado, ainda não existe discussão relevante a respeito da validade dessa modalidade contratual no ordenamento brasileiro. Essa realidade é diversa em outros ordenamentos estrangeiros. A doutrina e a jurisprudência de outros países discutem a validade do seguro à base de reclamação, de tal modo que esses debates, especialmente aqueles veiculados no ordenamento italiano⁴¹, podem servir de estímulo para o nosso sistema jurídico⁴².

⁴¹ Existem discussões jurídicas a respeito da validade da cláusula à base de reclamação em diversos ordenamentos, mas o modelo principal adotado a título de comparação corresponde ao modelo italiano. A avaliação comparada é beneficiada em decorrência de inúmeras decisões que tratam do tema, especialmente na corte responsável pela interpretação da norma ordinária, a Corte de Cassação. Ainda, o sistema jurídico italiano, assim como o brasileiro, não possui disciplina em lei ordinária sobre o tema, o que exige maior escrutínio da avaliação da validade da cláusula.

⁴² No direito brasileiro, existe discussão limitada da validade dessa cláusula. Discorda-se do entendimento de Ricardo Bechara Santos (SANTOS,

3.1. Impertinência do argumento de alteração dos prazos prescricionais pela cláusula à base de reclamação

Antes da edição da disciplina atualmente vigente, parecer proferido por órgão pertencente à SUSEP (Parecer Normativo n. 5/03) entendeu que a cláusula à base de reclamação não seria admissível no ordenamento brasileiro. O argumento adotado seria aquele de que tal pactuação alteraria os prazos prescricionais, em discordância com o previsto no art. 192 do Código Civil. Essa alegação foi superada em novo parecer do órgão, do que resultou a emissão de atos normativos pela SUSEP até a edição da Circular n. 336/2007.

Esse argumento, com razão, foi afastado em manifestação posterior. O art. 206, parágrafo 1º, II do Código Civil estabelece, em seguro de responsabilidade civil, o prazo prescricional de um ano, para o segurado exercer a sua pretensão em face do segurador⁴³. O início da contagem desse prazo ocorre da data em que o segurado é citado para responder a ação de indenização proposta pela vítima ou da data em que esta for indenizada pelo segurado, com a anuência do segurador.

Esse prazo, porém, não resta alterado com a previsão da cláusula à base de reclamação, como defendia referido parecer técnico. A modalidade contratual em discussão altera a definição de sinistro, que passa a exigir a ocorrência de fato ilícito imputado ao segurado e a reclamação pela vítima durante o período estabelecido no

Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., p. 525 e ss.), para quem a cláusula seria válida, salvo se as partes já tivessem conhecimento do fato danoso antes de celebrarem o contrato de seguro. Fernanda Nunes Barbosa, por sua vez, admite a sua validade, desde que a apresentação de reclamação seja limitada à vigência do contrato e que não seja cumulativamente exigida a ocorrência do evento danoso nesse mesmo período (v. BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades*, cit., p. 366). A avaliação da validade da cláusula é poucas vezes realizada em comparação com a normativa da SUSEP (salvo, por exemplo, Carla Mendes e outros autores). Nesse caso, tende-se a admitir a validade dessa modalidade de seguro em conformidade com a disciplina estabelecida por esse órgão, sem considerar o escrutínio exigido pelas demais normas jurídicas de natureza superior.

⁴³ Art. 206 do Código Civil: Prescreve: § 1º Em um ano: (...) II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.

contrato. O prazo prescricional, nesse caso, se mantém o mesmo⁴⁴. O segurado possui um ano para acionar o segurador a partir dos eventos indicados em lei, o que normalmente ocorre com o ajuizamento de ação pela vítima. A razão da confusão realizada pelo parecer decorre da coincidência de prazos: o fato gerador do dever de resarcimento do segurador identifica-se com o termo de fluência da prescrição para o segurado ação-lo⁴⁵.

3.2. Existência de riscos na cláusula à base de reclamação

Outro argumento veiculado para invalidar essa modalidade de contrato consiste na inherente contratação de seguro sem risco ou com risco putativo⁴⁶⁻⁴⁷. Entretanto, o risco contratual em apólice de seguro à base de reclamação subsiste mesmo diante da peculiar configuração do sinistro, que exige a ocorrência de ilícito anterior à celebração do contrato e a necessidade de o segurado declarar o conhecimento de fatos ilícitos pretéritos.

Ao ser realizada a contratação dessa modalidade de seguro de responsabilidade civil, o segurado não conhece o fato ilícito anterior. É

⁴⁴ No mesmo sentido, SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., p. 535.

⁴⁵ Esse raciocínio afasta, por sua vez, a construção efetuada por MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., pp. 143-4. As características da cláusula à base de reclamação não afastam o prazo prescricional de um ano, do art. 206, parágrafo 1º, II, a do Código Civil. Não se mostra aplicável a alínea seguinte, a qual destina a aplicação de prazo prescricional em caso das demais modalidades de seguro. A cláusula à base de reclamação não desnatura a natureza do seguro como de responsabilidade civil.

⁴⁶ De acordo com Thyago Lacerda Didini (DIDINI, Thyago Lacerda. *A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 46), o risco putativo se configura em seguro no qual o sinistro teria ocorrido anteriormente à contratação, com o desconhecimento das partes. Uma vez que já ocorrido, seria impossível a sua realização futura e, portanto, tal risco se denomina risco putativo.

⁴⁷ O art. 757 do Código Civil estrutura o contrato de seguro como destinado a assegurar interesse legítimo contra risco predeterminado. Em interpretação desse dispositivo, pode-se extrair ser a inexistência de risco, ou a configuração de risco putativo, representaria elemento capaz de descharacterizar esse contrato e, por consequência, gerar a sua nulidade. Nesse sentido, v. DIDINI, Thyago Lacerda. *A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro*, cit., 2015.

comum, aliás, na atividade empresarial, que fatos ocorridos no passado só produzam danos posteriormente e, por isso, passem despercebidos. Atividades como as de profissionais liberais, de produtores de medicamentos e de produtos químicos possuem como característica a sua idoneidade a gerar danos latentes, que se manifestam somente no futuro⁴⁸⁻⁴⁹. Ademais, o risco não se encontra apenas na configuração de ilícito imputável ao segurado, mas também na manifestação da vítima em exercitar o direito de resarcimento. Esta pode escolher não o exercitar. Nesse sentido, o direito comparado não aceita o argumento utilizado para invalidar a cláusula, como constatado na sentença paradigmática da Corte de Cassação italiana, tratada especificamente no item 4.1⁵⁰.

⁴⁸ Ricardo Bechara Santos esclarece: *Eis algumas hipóteses, aqui mencionadas apenas à guisa de exemplificação, em que poderiam ter aplicabilidade a cláusula em tela: (1) as deformidades causadas às historicamente conhecidas vítimas da talidomida, das quais o fabricante só veio a tomar conhecimento após eclodidas, tempos depois da utilização e fabricação do produto, tanto que emergidas nos descendentes das usuárias grávidas; (2) os atuais e divulgados casos de danos causados por defeito de fabricação dos pneus da Firestone, eclodidos e reclamados tempos depois, desde que só viessem ao conhecimento do segurado na vigência da apólice; (3) as doenças conhecidas como asbestose causadas pela inalação de pó de amianto manifestadas tempos depois, cujo fabricante só veio dela ser reclamado no momento da vigência da apólice, em que pese a causa antecedente (SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de seguro no novo código civil e legislação própria, cit., p. 527).*

⁴⁹ É comum, informa a doutrina (v. CARNEVALI, Ugo. *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 763), que as partes estabeleçam no contrato declaração que o seguro não conheça comportamento anterior produtivo de dano. No ordenamento brasileiro, Ricardo Bechara Santos (SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, cit., p. 527) também admite a possibilidade de se configurar risco no contrato de seguro visando a tutelar período pregresso.

⁵⁰ Nesse sentido, a sentença da Corte de Cassação, que será objeto de específica avaliação no item 4 do presente trabalho: *Affatto convincente appare in proposito il rilievo che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza, potendosi, in caso contrario, apporre la responsabilità del contraente ex artt. 1982 e 1983 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti. A ciò aggiungasi che, con innanzi evidenziato, il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato di dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella solo condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento: ne deriva che la*

Essas considerações, todavia, não excluem em definitivo a possibilidade de ocorrência de risco putativo ou de sua simples inexistência. A depender das circunstâncias do contrato tal possibilidade existe e pode gerar a invalidade da relação. Essa hipótese não representa manifestação típica da modalidade de seguro à base de reclamação. Inclusive, defende-se que a ocorrência de dano putativo se mostra improvável⁵¹, especialmente ao se comparar com o contrato de segurado de responsabilidade civil à base de ocorrência⁵².

3.3. Seguro de responsabilidade à base de reclamação não implica renúncia a direito resultante da natureza do contrato

A cláusula de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação

clausola claims made con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato” (item 9). Em tradução livre: “A este respeito, parece convincente que a extensão da cobertura às responsabilidades do segurado decorrentes de eventos cometidos antes da celebração do contrato não permite a configuração da álea e, com ela, da validade do contrato, se, no momento do consenso, as partes (e, em particular, o segurado) ignoraram a existência, podendo, de outra forma, colocar a responsabilidade do contratante ex arts. 1982 e 1983 codice civile para declarações incorretas ou reticentes. A isso, deve-se acrescentar que, como o acima exposto, o risco de agressão aos bens do patrimônio do segurado de um sinistro ocorrido no período coberto pela apólice torna-se progressivamente concreto, porque não termina com a conduta material, o que é causalmente atribuível a ele. O dano, exigindo também que a parte lesada exerça o direito à indenização: segue-se que a cláusula feita com garantia anterior é lícita porque se refere a apenas um elemento do risco garantido, a conduta negligente já em vigor e ignorada, restante por outro lado, sem prejuízo da álea da ocorrência progressiva dos outros elementos do empobrecimento patrimonial da vítima.

⁵¹ DELFINI, Francesco. *Clausole “claims made” e determinazione unilaterale dell’oggetto nel “B2B”: l’equilibrio giuridico del contratto negli “obiter dicta” della Cassazione*. Le Nuove leggi civili commentate, 2016, fasc. 3, pp. 545-570, p. 896. Thyago Lacerda Didini também defende essa posição: Teoricamente é possível o risco putativo existir na cobertura *claims made*, mas é uma hipótese muito difícil de ocorrer no mundo prático. No caso, o tomador/segurado e a seguradora deveriam desconhecer uma reclamação que existiu antes da celebração contratual, como no caso em que o segurado é citado por edital e acaba desconhecendo a ocorrência da citação (DIDINI, Thyago Lacerda. *A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro*, cit., p. 136).

⁵² DELFINI, Francesco. *Clausole “claims made” e determinazione unilaterale dell’oggetto nel “B2B”: l’equilibrio giuridico del contratto negli “obiter dicta” della Cassazione*, cit., p. 896.

normalmente se insere em contrato de adesão, categoria na qual o segurador predispõe antecipadamente as cláusulas contratuais⁵³. Dada a reduzida capacidade do aderente em definir o conteúdo da relação, o Código Civil buscou tutelá-lo. O art. 424 estabelece que são nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do contrato. A noção de *natureza* possui duas acepções de acordo com a doutrina: de elemento essencial para a qualificação de determinado contrato e de finalidade econômica de determinada relação⁵⁴. A cláusula *claims made* poderia, então, se tornar nula uma vez inserida em contrato de adesão e interpretada como renúncia do segurado ao direito de resarcimento de sinistro ocorrido na vigência do contrato de seguro, como teria direito na apólice à base de ocorrência.

No entanto, a adoção de modalidade de seguro *claims made* não representa renúncia ao regime de *loss occurrence*. O Código Civil, ao

⁵³ De acordo com Gustavo Tepedino, a definição de contrato de adesão do regime do Código Civil corresponde à prevista no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 233). Conforme o art. 54, do CDC, contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. A doutrina também indica como elementos essenciais para tal modalidade de contrato: i) cláusulas previamente redigidas; ii) por uma das partes ou por autoridade competente; e iii) não é possível a parte aderente alterar substancialmente o contrato que lhe é conferido. V. TEPEPINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

⁵⁴ A definição do termo *natureza* é controversa. Interprete-se que o legislador, com esta noção, tenha invocado a espécie negocial, o tipo de contrato celebrado, cujas características essenciais não podem ser desprezadas (TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a cláusula penal*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 23, 2005). Nesse sentido, MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao código civil: v. 5 (arts. 421 a 480), Dos contratos em geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 101-102. Por sua vez, a jurisprudência brasileira tem levado à nulidade cláusulas que contrariem não só o conceito de natureza, mas ainda a de finalidade econômica do contrato, principalmente quando tal renúncia atinja o cerne daquele pacto. Cf. TEPEPINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

⁵⁵ O regime do direito italiano é diverso. O art. 1917, comma 1 *codice civile* estabelece o sistema do *loss occurrence* como o modelo típico do contrato de

contrário de outras regulamentações⁵⁵, não estabeleceu qual seria o regime típico do contrato de seguro de responsabilidade civil⁵⁶. Os contornos estabelecidos pelo art. 787 são amplos e genéricos, sem demonstrar preferência por determinada modalidade. O regime do seguro à base de ocorrência, portanto, não corresponde a elemento da natureza do contrato de seguro de responsabilidade civil. Ainda, não é plausível defender que cláusula à base de reclamação acarrete renúncia a diverso regime. Ela representa maneira de modelar os interesses das partes; o segurado pode, por exemplo, buscar proteger seu interesse legítimo a evitar danos latentes por meio desse contrato.

Ademais, a inserção de cláusula à base de reclamação em seguro de responsabilidade civil não priva a finalidade econômica do contrato. Os itens 1 e 2 demonstraram a ampla tipologia do contrato de seguro de responsabilidade civil *claims made*, que pode atender a diversos interesses e encontra correspondência no mercado. A cláusula em si não retira a finalidade econômica do contrato, o que torna inidônea a aplicação do art. 424 com o escopo de invalidá-lo. Isso, porém, não impede que, examinando as circunstâncias circundantes à sua pactuação, se possa concluir pela abusividade em concreto para tutelar o segurado. A não aplicação do art. 424 do Código Civil para invalidar a cláusula não a isenta de seu exame com base em sua finalidade econômica e funcional que será realizado no item seguinte.

4. Exame da validade do contrato de seguro *claims made* sob o perfil funcional

O maior desafio de avaliação da validade do contrato *claims made* consiste na verificação da sua compatibilidade com as cláusulas gerais de boa-fé objetiva (art. 422), abuso de direito (art. 187) e função social do contrato (art. 421). Esses instrumentos voltados à avaliação jurídica do conteúdo contratual podem levar à sua invalidade. Antes de examiná-lo com base nesses institutos, faz-se necessário explorar a

seguro de responsabilidade. Apenas a autonomia das partes poderia afastar esse efeito típico.

⁵⁵ Maurício Andere Von Bruck Lacerda (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*, cit., p. 224) defende não existir determinação no Código Civil de regime de seguro de responsabilidade civil. Nesse sentido, RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários ao Código civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 722 a 853*, v. VII. Rio de Janeiro: Forense: Fadisp, 2004, pp. 368-9.

controvérsia surgida no ordenamento italiano a respeito do seguro à base de reclamação. Essa discussão fornecerá instrumentos úteis para o seu debate no ordenamento brasileiro, que não possui lei ordinária especificamente disciplinando-o.

4.1. Vicissitudes da discussão sobre a cláusula à base de reclamação no ordenamento italiano

O seguro de responsabilidade civil apresenta, no ordenamento italiano, regramento no art. 1917, comma 1 do *Codice Civile*, estabelecendo que tal modalidade de seguro é disciplinada pelo regime à base de ocorrência do fato ilícito⁵⁷. A inserção de cláusula *claims made* no conteúdo do contrato de seguro derroga a disciplina legal típica. A despeito da atipicidade dessa última modalidade, o ordenamento italiano apresenta indícios de querer tipificá-la, como se infere da

⁵⁷ Cf. a redação da primeira parte do art. 1.917 do Código Civil italiano: Art. 1917, comma 1: *Nell'assicurazione della responsabilità civile, l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi. Em tradução livre: No seguro de responsabilidade civil, a seguradora é obrigada a indenizar o segurado, como resultado de fato ocorrido durante o prazo do seguro, deve pagar a um terceiro, dependendo da responsabilidade deduzida no contrato. Danos decorrentes de fatos dolosos são excluídos.*

⁵⁸ O ordenamento italiano aparenta adotar opção pela disciplina da apólice à base de reclamação em sua nova normativa atinente ao seguro de responsabilidade civil de profissionais. Esta representaria uma contratendência da legislação em comparação com a previsão do Código Civil italiano. A L. 8 marzo 2017, n. 24 trata do sistema de responsabilidade profissional dos profissionais sanitários e do perfil do seguro exigido. De acordo com o seu art. 11, que cuida da extensão securitária exigida aos profissionais indicados no art. 10, o legislador demonstra não ter simpatia pelo sistema da *loss occurrence*. Ele prescreve uma retroatividade temporal para a cobertura dos fatos danosos nos dez anos antecedentes à conclusão do contrato. A única exigência de ultratividade obrigatória do seguro corresponde à hipótese de o agente cessar a atividade. O dispositivo se aproximaria do sistema de *claims made* ao exigir a reclamação da vítima até quando a apólice esteja em vigor. A mesma tipicidade se encontra na disciplina do seguro profissional da atividade dos advogados, sendo exigida a ultratividade da apólice dos profissionais que cessam a sua atividade no seu período de vigência (Decreto del Ministero della Giustizia, 22 settembre 2016). Dado esse panorama da legislação italiana, R. Pardolesi e A. Palmieri PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “*Claims made*”, “*code lunghé*”

recente disciplina da responsabilidade civil das instalações médicas, bem como da responsabilidade dos advogados⁵⁸.

Nesse contexto, a Corte de Cassação italiana possui entendimento favorável à validade da cláusula *claims made*⁵⁹, apesar de anterior orientação vacilante. Entretanto, algumas decisões de primeira instância, ainda que sucessivamente aos precedentes da Corte de Cassação, consideram a cláusula inválida⁶⁰.

4.1.1. Análise do merecimento de tutela pela Corte de Cassação da cláusula *claims made*

e ostracismi giudiziali, in Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506, cit., p. 449 suspeitam que a sentença da Corte de Cassação (n. 9140/2016) em seguida comentada entreveja a possibilidade de ser questionada a constitucionalidade da normativa capaz de tipizar do seguro com base nas conclusões ali alcançadas.

⁵⁹ V, entre outras, Corte de Cassação italiana, Seção 3, n. 5624, julg. 15.03.2005; Corte de Cassação italiana Seções Unidas, n. 9140, julg. 06.05.2016; Corte de Cassação italiana, n. 2872, julg. 13.02.2015; Corte de Cassação italiana, n. 3622, julg. 17.02.2014; e Corte de Cassação italiana, Seção 3, n. 7273, julg. 22.03.2013.

⁶⁰ A posição majoritária, porém, são decisões de primeira e segunda instância favoráveis à validade da cláusula de *claims made*. Diversos argumentos são apresentados para justificar a invalidade da referida cláusula. Alguns deles remetem a discussões atinentes apenas ao ordenamento italiano, que, para o leitor brasileiro, são, além de desimportantes, de compreensão prejudicada pela carência de informações globais sobre tal sistema jurídico. Listam-se os argumentos examinados nas decisões, mas desconsiderados no presente trabalho: 1) o art. 1917, comma 1, que disciplina o subtípico do contrato de seguro de responsabilidade civil, possuiria natureza *inderrogável*, de modo que a cláusula em discussão iria de encontro a essa previsão [Trib. Bologna 2 ottobre 2002, in Dir. econ. assic., 2005, p. 711]; 2) a cláusula viola o art. 2.965 do *codice civile*, determinando a invalidade de pacto com o qual se estabelece termos de decadência que tornam excessivamente difícil uma das partes o exercício do direito, por alterar o regime para o exercício do direito [Trib. Genova, 8 aprile 2008, cit.]; 3) a cláusula iria contra o art. 1.341 do mesmo código, que determina a ineficácia da inserção de cláusula limitativa ou de exonerar a responsabilidade civil sem a expressa autorização em contratos de adesão [Trib. Milano, 18 marzo 2010, cit., che considera inefficace ai sensi dell'art. 1341 c.c., la clausola *claims made* mista. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.]; 4) ela, ainda, iria de encontro ao art. 33 do *codice del consumo*. Nesse código, o juízo de abusividade é excluído pelo legislador caso se trata de discussão respeito do tipo de

Essa orientação pacífica a respeito da validade da cláusula *claims made* ganhou novo contorno com a paradigmática decisão da Corte de Cassação em 2016⁶¹. As Seções Unidas⁶² rejeitaram as objeções à validade da cláusula. Ao ultrapassar tal exame, elas ingressam na análise do controle de merecimento de tutela do contrato⁶³. Em *obiter dictum*, o referido acórdão indica os critérios voltados para estabelecer até que ponto seria reconhecida a faculdade das partes de variar o conteúdo do contrato, i.e., nas palavras da corte, o limite além do qual a manipulação do esquema típico seja idônea a *envenenar a causa*⁶⁴⁻⁶⁵. As seções unidas fornecem, com termos pouco precisos e com elevado grau de generalidade, parâmetros para o escrutínio de *meritevolezza* (merecimento de tutela) da cláusula à base de reclamação: i) o tipo da cláusula (pura ou impura); ii) a incisão da liberdade contratual do contraente não predisponente; iii) a assimetria informativa das partes; e iv) todas as circunstâncias do caso concreto, compreendendo aí a

bem ou serviço oferecido e do correspondente, porque a sua determinação é confiada à regra da concorrência e à liberdade contratual. Cf. CIOFFI, Carmine. *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola “claims made”*, cit., p. 1526.

⁶¹ Como será examinado adiante, a cláusula à base de reclamação pode ser moldada de diversas formas. Então, a compreensão da decisão dos tribunais passa pela própria descrição da cláusula submetida ao julgamento das Seções Unidas. A cláusula examinada nessa decisão exigia a apresentação de reclamação durante a vigência da apólice e o fato poderia ocorrer no período de sua vigência ou no triênio sucessivo.

⁶² Essa configuração corresponderia à análise de processo pela segunda seção de Tribunal Superior no Brasil.

⁶³ Ugo Carnevali (CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 765) explicita a diferença no direito italiano de merecimento de tutela da noção de licitude, esta concebida em avaliação abstrata como violação de norma inderrogável, dos princípios de ordem pública e bons costumes. O escrutínio do merecimento de tutela examina a concreta estruturação do interesse.

⁶⁴ Item 11 da decisão das Seções Unidas.

⁶⁵ A noção de causa mencionada seria aquela benniana, de função econômico-social. Existe ampla literatura a respeito da noção de causa como função econômica social na literatura italiana (v. a seu respeito, BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico*. In: Novissimo Digesto Italiano, III. Turim: Gianppichelli, 1957, pp. 32 ss.).

entidade do prêmio. Os critérios propostos oferecem ao intérprete dificuldade para especificá-los para aplicação no caso concreto.

Aduziu-se, então, a superação do juízo de merecimento de tutela da cláusula *claims made* pura, em que não existe limitação temporal à retroatividade⁶⁶. O aspecto problemático residiria no exame do contrato de seguro à base de reclamação impuro, que seria especialmente penalizante ao segurado, cuja cobertura estaria limitada às hipóteses que, durante a sua duração, intervêm seja o sinistro, seja o requerimento de resarcimento⁶⁷. Diversamente, em relação ao contrato com retroação de fatos ilícitos pregressos ao contrato, o seu merecimento de tutela exigiria examinar o sinalagma contratual em concreto. Indica-se, como exemplo, que não haveria correspontividade no caso de seguro relativo a fatos pregressos de profissional liberal recentemente entrado no mercado.

Em resumo, essa decisão reconheceu a validade de modalidade de seguro de responsabilidade e, ao mesmo tempo, indicou a possibilidade de, no caso concreto, ser afastado o merecimento de tutela em razão de aspectos do contrato, com base nos genéricos critérios fornecidos, em especial relação à cláusula à base de reclamação impura. Neste caso, o parâmetro para aferir tal merecimento exigiria a avaliação do sinalagma contratual.

4.1.2. Prescrição de critérios pela doutrina para a análise de merecimento de tutela

A partir do exame do precedente da Corte de Cassação, sobretudo do merecimento de tutela de cláusula contratual, a doutrina analisou os critérios ali apontados, bem como indicou ulteriores parâmetros com base nos quais se deveria examinar o contrato de seguro de responsabilidade civil *claims made*. A premissa implícita da decisão consistiria em avaliar o merecimento de tutela do interesse do segurador para modificar o regime do código civil, que estipula a disciplina de contrato de seguro de responsabilidade civil à base de ocorrência do fato ilícito. Em especial se deve verificar *trade off* com vantagens compensativas para o segurado. A análise realizada no direito italiano, para chegar a tal conclusão, compara

⁶⁶ Cf. item 17 da decisão da Corte de Cassação. A definição de cláusula *claims made* pura encontra-se no item 2 do presente texto.

⁶⁷ A decisão chega a dizer, inclusive, em elevado grau de assertividade, que essa cláusula seria problemática.

a cláusula *claims made* com o regime à base de ocorrência. No direito brasileiro, inexistindo a prescrição de regime legal, a premissa deve ser outra, como será explicitado no item 4.3.

Com base nos critérios oferecidos, a doutrina extraí algumas conclusões. Em primeiro lugar, tal como a decisão da corte, a cláusula à base de reclamação não seria merecedora de tutela se requeira em prazo curto prazo de vigência do contrato a ocorrência do fato danoso e também da reclamação pela vítima. Ela promove o interesse do segurador de permitir a melhor administração da reserva técnica e dos balanços da companhia (v. especificamente capítulo 2, supra), mas não proporciona nada em troca ao segurado. O contrato deve ser merecedor de tutela caso seja assegurada uma correspondente vantagem ao segurado, como, por exemplo, mediante uma cláusula com adequada cobertura retroativa⁶⁸.

Outro critério extraído seria o não merecimento de tutela de cláusula *claims made* voltada a garantir atividade há pouco tempo iniciada, também mencionado na decisão. Nesse caso, não existiria o risco de que no curso do seguro emergam danos decorrentes de fatos ocorridos no passado. Uma cláusula pura não balancearia a vantagem que o contrato à base de reclamação confere ao segurador em comparação ao contrato *loss occurrence*. Para superar esse impasse, o segurador poderia prever contrato sem retroatividade e estipular período complementar⁶⁹.

Em posição inovadora, no caso de seguro de responsabilidade civil de profissional, sugere-se que se deva examinar a atividade desenvolvida pelo profissional, sobretudo o regime de sua responsabilidade civil, e o objeto da cobertura securitária⁷⁰. Por exemplo, arquiteto e engenheiro no direito italiano garantiriam a solidez do prédio durante o decênio

⁶⁸ Ugo Carnevali (CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 767) argumenta que não seria admissível qualquer retroação, mas deve se tratar de retroação que conceda ao segurado uma vantagem temporal comparável por extensão com a vantagem que se procura assegurar.

⁶⁹ CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 776-8.

⁷⁰ DELFINI, Francesco. *Clausole “claims made” e determinazione unilaterale dell’oggetto nel “B2B”: l’equilibrio giuridico del contratto negli “obiter dicta” della Cassazione*, cit., p. 553.

posterior à sua construção (art. 1.669) e, portanto, o seguro a eles oferecido deve guardar conexão com esse aspecto da sua atividade. Defende-se o princípio de simetria qualitativa entre risco assegurado pelo seguro de responsabilidade profissional e a responsabilidade decorrente de tal atividade. O merecimento do contrato de seguro de responsabilidade profissional exige que o objeto do seguro possua, qualitativamente, a mesma exposição da responsabilidade civil do profissional. A ausência de simetria privaria o contrato do seu merecimento de tutela.

Outra solução interessante corresponderia à inserção de *deeming clause*⁷¹. O segurado, se tiver ciência de circunstância para presumir que no futuro próximo receberá reclamação de vítima, pode denunciá-la durante a vigência da apólice ao segurado. Tal notificação se equipararia ao requerimento promovido pela vítima⁷².

4.1.3. A decisão de 2017 da Corte de Cassação italiana (Cass., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506)

A aumentar ainda a controvérsia, um ano após a decisão paradigmática, a terceira seção da Corte de Cassação colocou em pauta de discussão a avaliação do merecimento de tutela de específica cláusula *claims made*⁷³. Tomando em consideração os parâmetros oferecidos anteriormente, tal seção reconheceu a exigência de o exame ser realizado em concreto, e não em abstrato. Com base no parâmetro iv) indicado pela decisão anterior da Corte de Cassação (i.e. as circunstâncias do caso concreto, em especial a entidade do prêmio pago), essa nova decisão aponta ulteriores critérios para aferir o merecimento no caso concreto: a) a subordinação da indenização à ocorrência durante a vigência do contrato seja do dano, seja do requerimento

⁷¹ Carla Mendes e outros também sugerem a possibilidade de as partes estabelecerem essa modalidade de cláusula (v. MÉNDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 140).

⁷² Maurício Andere Von Bruck Lacerda (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*, cit., p. 230) trata no ordenamento brasileiro a respeito dessa cláusula adicional.

⁷³ Corte de Cassação italiana, Seção 3, n. 10506, julg. 28.04.2017. No período, a Corte de Cassação examinou duas decisões e, em ambas, confirmou o exame de merecimento de tutela realizado pelas instâncias inferiores: Corte de Cassação italiana, n. 24645, julg. 02.12. 2016 e n. 417, julg. 11.01. 2017.

de ressarcimento; b) a qualidade das partes; c) a circunstância que a cláusula possa expor o segurado a “buracos de garantia”.

A avaliação do juízo de merecimento, esclarece o tribunal, não consistiria em examinar o contraste do contrato com norma imperativa: em tal hipótese, ele deveria ser nulo⁷⁴. A corte não aprofunda a questão das consequências da ausência de reconhecimento de tutela da cláusula *claims made*, mas indica, como resultado da ausência de superação do exame de merecimento de tutela, a nulidade parcial do contrato, com substituição da cláusula com o regime ordinário do código civil, a modalidade de *loss occurrence*⁷⁵.

À luz dos parâmetros indicados, a Corte de Cassação afasta o merecimento de tutela da cláusula inserida no contrato examinado. Ela excluía a responsabilidade do segurado caso o requerimento de ressarcimento da vítima ocorresse depois do vencimento do período segurado, sem a existência de período complementar. A corte entendeu pela não observância dos índices para aferir o merecimento de tutela do contrato. A partir do exame de sua própria casuística, essa corte enumera a classe dos argumentos adotados pela sua jurisprudência para realizar tal exame de merecimento. Em síntese, após o exame de diversos casos, ela indica três parâmetros: i) a verificação de excessiva vantagem, sem a configuração de contrapartida; ii) a existência de estado de sujeição indeterminado; e iii) a violação de violação de deveres de solidariedade. A cláusula do contrato analisada não superaria nenhum desses escrutínios. Em resumo, a decisão de 2017 da Corte de Cassação, apesar de ter por objetivo realizar o escrutínio de cláusula *claims made* específica, em alguns momentos ela transparece entender que a ausência de período complementar acarreta *per se* a ausência de merecimento de tutela pelo ordenamento.

Entretanto, adverte a dogmática italiana que, se a decisão é lida em

⁷⁴ A decisão demonstra um claro desfavor em relação à cláusula à base de reclamação em caso de sua estipulação por força de seguro obrigatório (salvo nos casos assim disciplinados em lei), pois a sua configuração pode não garantir adequadamente o segurado e da vítima.

⁷⁵ DELFINI, Francesco. *Clausole “claims made” e determinazione unilaterale dell’oggetto nel “B2B”: l’equilibrio giuridico del contratto negli “obiter dicta” della Cassazione*, cit., p. 553.

⁷⁶ CARNEVALI, Ugo. La clausola “claims made” e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità, Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506. I Contratti, 2017, fasc. 4, pp. 387-391, p. 389.

filigrana, a sentença parece não ter querido enunciar um princípio em contraste com o enunciado das Seções Unidas. Não se buscou conferir avaliação geral da cláusula *claims made* em termos de não merecimento, mas, sim, limitou-se ao juízo a específica categoria de cláusula, de seguro de responsabilidade civil sanitária⁷⁶. Caso se entenda que tal decisão teria englobado a rica tipologia da cláusula à base de reclamação, poder-se-ia concluir que praticamente existiria apenas uma modalidade de seguro de responsabilidade civil, de *loss occurrence*. Tal situação geraria no ordenamento italiano grave crise, uma vez que existem setores de mercado em que apenas a modalidade de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação seria celebrada⁷⁷. Nesse sentido, Roberto Pardolesi e Alessandro Palmieri ponderam que a modalidade de *claims made* não representa o melhor mundo imaginável, mas é necessária a sua manutenção em razão da sustentabilidade industrial. O seguro perfeito não existiria; por isso, é necessário imaginar a situação de *second best*⁷⁸.

A discussão na mais alta esfera do direito italiano não parou nessas decisões narradas. Em nova decisão de janeiro de 2018, a questão foi remetida novamente às Seções Unidas da Corte de Cassação⁷⁹. Portanto, o debate permanece aberto e na expectativa de ulterior posicionamento.

4.2. A cláusula à base de reclamação em outros ordenamentos

Os eventos no direito italiano representam as páginas recentes a

⁷⁷ PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “*Claims made*”, “*code lunghe*” e *ostracismi giudiziali*, in *Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506*, cit., p. 450.

⁷⁸ PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “*Claims made*”, “*code lunghe*” e *ostracismi giudiziali*, in *Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506*, cit., p. 450.

⁷⁹ Decisão interlocutória n. 1465 da Corte de Cassação italiana. No caso, a decisão de primeiro grau foi no sentido de qualificar como nula cláusula contida em contrato de seguro de responsabilidade. O Juízo seguinte decidiu em sentido contrário, pela validade da cláusula.

⁸⁰ Corte de Cassação francesa. Julg. 19.12. 1990, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025437> (último acesso em 09.04.2017). Cf. a respeito LANDINI, Sara. *The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts*. The Italian Law Journal, 2016, pp. 509-521, p. 514.

respeito da cláusula *claims made*. No entanto, a desconfiança em relação a essa modalidade de seguro de responsabilidade civil determinou que o legislador de outros países adotasse disciplina específica. Na França, após decisão pela Corte de Cassação em 1990 invalidando-a⁸⁰, ela foi reabilitada por lei de 30 de dezembro de 2002 aos profissionais liberais. Em seguida, o legislador francês alterou, também, o *code des assurances* com o art. 124-5. Este disciplinou as cláusulas *claims made* exigindo a necessidade de prazo complementar de ao menos cinco anos⁸¹.

Na Alemanha, não existe regime legal do seguro de responsabilidade civil à base de reclamação. A Suprema Corte, em 2014, determinou que se deveria examinar tal contrato em concreto. O contrato seria inadequado quando a delimitação temporal do risco não satisfizer as necessidades do segurado, em especial a retroatividade. A legislação alemã passou a determinar para os advogados a ultratividade (i.e., período complementar) de 10 anos a partir do momento em que profissionais cessem a sua atividade. A lei 8 de maio de 2017 determina a retroação de 10 anos antecedentes aos contratos securitários com cláusula *claims made*⁸².

4.3. A validade da cláusula *claims made* no ordenamento brasileiro sob o perfil funcional: abusividade, boa-fé objetiva, função social do contrato e não merecimento de tutela

Os critérios anteriormente mencionados são capazes de auxiliar a avaliação, no ordenamento brasileiro, a respeito de tal modalidade de seguro de responsabilidade civil. O direito brasileiro dispõe de inúmeros instrumentos para examinar a validade da cláusula sob o perfil funcional. O código é pródigo em cláusulas gerais, como a função social do contrato (art. 421), a boa-fé objetiva (art. 422) e o instituto do abuso de direito (art. 187) – todos introduzidos pelo

⁸¹ LANDINI, Sara. The Worthiness of *Claims Made* Clauses in Liability Insurance Contracts, cit., p. 514.

⁸² LANDINI, Sara. The Worthiness of *Claims Made* Clauses in Liability Insurance Contracts, cit., p. 514.

⁸³ V. sobre aspectos gerais do instituto DE SOUZA, Eduardo Nunes. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. Revista de Direito Privado, v. 15, n. 58, pp. 75-107, abr./jun. 2014. V. tb. TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, p. 141-154, out./dez. 2014, *passim*.

Código Civil de 2002. Ao lado destas, coloca-se a cláusula geral de merecimento de tutela, instrumento utilizado no direito italiano, que não se encontra legislativamente prevista no ordenamento, mas decorreria de incidência de princípios constitucionais nas relações contratuais⁸³. A ampla utilização de tais instrumentos de exame de validade⁸⁴ do regramento contratual poderia desprestigar a autonomia privada e a sua modalidade de disciplina dos interesses privados.

O instrumento da função social apresenta, na doutrina, diversas finalidades. Ainda não se encontrou uniforme utilização. Aumentando a dificuldade da questão, a jurisprudência a utiliza de maneira também diversificada, sem estabelecer padrão para a sua utilização, sendo aplicada, inclusive, em casos em que não seria necessário o seu apoio para a solução jurídica conferida pela decisão. Essa circunstância mereceu severas críticas da doutrina⁸⁵. As incertezas que giram em torno da função social do contrato a tornam norma jurídica inadequada para confrontar a validade de cláusula contratual, especialmente quando em confronto com o princípio da autonomia privada, como

⁸⁴ A consequência do não merecimento de determinado contrato pode não coincidir formalmente com a noção de validade, mas, dada a ausência de maior aprofundamento da questão, ela será tratada como invalidade.

⁸⁵ KONDER, Carlos Nelson Konder. *Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015*. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 14, p. 33-57, 2017, especialmente pp. 42 ss.

⁸⁶ A referência feita ao abuso de direito reflete a sua utilização pela jurisprudência também como instrumento para examinar a validade de cláusula contratual. É necessário, todavia, utilizar a distinção proposta por Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 581), para quem, no plano contratual, a noção de abuso de direito se distingue daquela de abusividade. Ela defende que a correção do abuso corresponderia ao plano da eficácia, no caso de exercício disfuncional, previsto no art. 187 do código, gerando normalmente o dever de indenizar. A correção da abusividade se situa no plano da validade, conforme determinado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁷ A doutrina ainda discute os diversos aspectos que circundam o tema, o que levou a jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, a seu uso indiscriminado e atécnico – mesmo quando existem institutos que já densificam essas cláusulas. A respeito de crítica a esses usos, v. MARTINS-

expressão da liberdade das partes.

A boa-fé objetiva e o abuso de direito⁸⁶, que em sua definição possui interseção com a boa-fé objetiva, mostram-se instrumentos idôneos para avaliar conjuntamente a cláusula com base nos interesses tutelados⁸⁷. A boa-fé objetiva, em especial, assumiria a função de corretora do conteúdo contratual, na hipótese de o ordenamento não cominar para ela outra sanção⁸⁸. Essa disposição serve como instrumento para avaliar se a previsão de cláusula à base de reclamação supera o seu exame de validade, em especial em contrato de adesão⁸⁹. O aprofundamento realizado nos capítulos 1 e 2 se mostram úteis para avaliar se os interesses das partes são adequadamente tutelados

COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., pp. 587-9, incluindo com o exame de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., pp. 572-5. A construção da autora corresponde a dotar a boa-fé objetiva da função corretiva em função do art. 166, VII do Código Civil. Esse dispositivo determina que o negócio jurídico é nulo quando a lei proibir a prática sem cominar sanção.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 572. A possibilidade de controlar o conteúdo contratual se reforça com a previsão do art. 424 do código, tratado no item 3.3. A cláusula geral de boa-fé ganharia força normativa com a referida previsão para permitir o controle de validade, o que ainda encontra certa dificuldade de aceitação em relações paritárias, em contrato de adesão. A noção de validade da cláusula que implique a renúncia do contrato deve ser feita sob o perfil dinâmico, examinando o interesse das partes na previsão de determinada cláusula.

⁹⁰ Os critérios sugeridos são, em parte, extraídos das sugestões elaboradas pela doutrina italiana e pelas decisões analisadas pela Corte de Cassação.

⁹¹ Essa decisão apresentou critérios de elevado grau de abstração, mas mesmo assim eles podem servir de parâmetros iniciais. Nessa direção, Ugo Carnevali, embora concordando com a sua utilização, ressalta que não é fácil transferir para o plano prático os parâmetros abstratos formulados pelo tribunal. Por isso, questiona: “Que coisa significa, por exemplo, ‘a entidade do prêmio pago pelo segurado’? Apenas se fossem oferecidas contemporaneamente apólices com cláusula claims e com cláusula loss, se poderia controlar se o prêmio pago pelas primeiras seja inferior àquele pago pela segunda. E quais seriam os “outros perfis da disciplina pactuada?” (CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 768).

com a referida modalidade de contrato.

O conteúdo da boa-fé objetiva impõe que ela seja adequadamente densificada, cabendo a doutrina fornecer critérios para ela servir de instrumento para examinar a validade de cláusula⁹⁰. A Corte de Cassação italiana, na decisão n. 9140/2016⁹¹, sugeriu como parâmetros para avaliar a cláusula à base de reclamação a sua modalidade, a incisão da liberdade contratual do contraente, a assimetria de informações das partes e eventuais circunstâncias do caso concreto, especialmente a entidade do prêmio securitário. Em concretização de tais parâmetros, sugere-se, em doutrina, como escrutínio a avaliação da existência de interesse no caso concreto do segurado e do segurador para celebrar tal pontuação, bem como a verificação de *trade-off* idôneo a justificar a previsão da cláusula, com especial comparação com o regime da responsabilidade civil assegurada com o contrato de seguro (v. em especial item 4.1.2)⁹².

É necessário destacar, porém, que o regime jurídico brasileiro é diferente daquele italiano. Os critérios também devem ser adequados a essa diversa realidade. O direito brasileiro possui disciplina infralegal dessa modalidade de seguro. Existe determinação de período mínimo de retroatividade, de um ano, que se cumula com cada renovação do contrato. Como demonstram Carla Mendes e outros⁹³, o seguro à base de reclamação é contratado normalmente com período de vigência anual, renovável também anualmente. As características do seguro permitem que no primeiro ano o seu valor seja trinta por cento inferior ao equivalente da modalidade à base de ocorrência. Nos anos seguintes, o valor do desconto é inferior a este até equivaler no quarto ao prêmio da apólice à base de ocorrência. Ainda, a disciplina

⁹² CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 768.

⁹³ MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., especialmente pp. 166 ss.

⁹⁴ Carla Mendes e outros (MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no Brasil*, cit., p. 150) entendem que: *Em outros países, o prazo complementar normalmente é de 12 meses, e o prazo suplementar pode ser fixado dentro de período de tempo inferiores à prescrição legal (de 5 a 10 anos maioria dos países), como por exemplo, 24 ou 60 meses.* Essa constatação, todavia, não se confirma com a própria prescrição do legislador francês a determinar o prazo de ultratividade mínimo como de 5 anos.

prevista pela SUSEP impõe também período mínimo ulterior de um ano para a apresentação de reclamação pela vítima do ilícito (período complementar)⁹⁴. A este período de ultratividade pode ser somado o período suplementar caso seja pago prêmio pelo segurado.

Ademais, o panorama brasileiro apresenta substancial diferença do ordenamento italiano em relação aos prazos prescricionais de responsabilidade civil contratual e extracontratual. Tanto o prazo para o exercício da pretensão na responsabilidade civil extracontratual, como aquele contratual, é atualmente de três anos (art. 206, § 3º, V)⁹⁵. O prazo prescricional para o exercício de pretensão tanto em caso de responsabilidade civil contratual e extracontratual é de cinco anos em matéria consumerista (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), o que não se mostra muito distante daquele do código. Eles se encontram consolidados no direito italiano com períodos mais longos: o prazo de prescrição contratual seria decenal, ao passo que aquele de responsabilidade extracontratual, de cinco anos. São, portanto, sensivelmente mais extensos que no ordenamento brasileiro.

Estruturados de maneira diferente, em primeiro lugar, o entendimento das decisões italianas de que a cláusula *claims made* não seria merecedora de tutela, ao impor a ocorrência conjunta no prazo da apólice do dano e da reclamação, não se aplica ao direito brasileiro. A existência de prazo mínimo de retroatividade e de ultratividade impõe tutela do interesse do segurado, de modo a não se configurar essa situação extrema.

Além disso, o prazo mínimo do período complementar exigido pela SUSEP se mostra, em princípio, adequado diante dos reduzidos prazos prescricionais. A legislação estrangeira tende a estabelecer a duração do período de retroatividade e aquele complementar em maior extensão (v. item 4, especialmente 4.2, *supra*). Os argumentos da doutrina estrangeira utilizados a favor de estipulação de prazos mais

⁹⁵ Existe ainda aceso debate a respeito do prazo prescricional da responsabilidade civil contratual. O Superior Tribunal de Justiça entendia de maneira consolidada que o seu prazo não se encontraria previsto no Código Civil, de modo a aplicar o prazo geral decenal (art. 205 do Código Civil). Tal posicionamento se alterou abruptamente, com a decisão no REsp 1.281.594/2016, que entendeu se aplicar o prazo de 3 anos, como também aplicável à responsabilidade contratual. Apesar de a questão ter sido enfrentada, a discussão permanece aberta e suscetível de alteração.

longos para os seguros à base de reclamação não produzem o mesmo efeito. A circunstância de os prazos de prescrição serem inferiores no Brasil impõe às vítimas a apresentação da reclamação mais rapidamente após o dano, ou após o seu conhecimento. Com a prazo prescricional de três anos e a imposição de período complementar mínimo, contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação exigiria maior ônus argumentativo da sua abusividade.

Nesse contexto, entra em discussão a *deeming clause*, chamada pela circular n. 336 da SUSEP/2007 de cláusula de notificações (art. 17), que permite ao segurado, diante de tal circunstância, fazer razoavelmente presumir que no futuro receberá requerimentos de indenização, denunciar durante a vigência da apólice ao segurador. Diferentemente do sugerido na doutrina italiana, essa cláusula, tal como o período complementar, possui menor repercussão na avaliação da abusividade do contrato no Brasil, em razão dos prazos prescricionais inferiores. A despeito disso, ela pode consistir em importante índice para afastar a invalidade da cláusula.

Por outro lado, a redução dos prazos prescricionais não permite atenuar o escrutínio do período de retroatividade. Este período visa a justamente permitir a tutela do segurado contra a produção de danos latentes (o caso de poluição, exposição a substâncias tóxicas, danos de produtos defeituosos)⁹⁶. O exame da adequação do período de retroação da cobertura dependeria da natureza do interesse assegurado. A cobertura retroativa deve ser mais ampla quando mais antiga for a relação e caso o segurado busque perseguir o interesse de garantir a atividade pregressa. Impõe-se à doutrina e à jurisprudência verificar se contrato de seguro de responsabilidade civil à base de reclamação atende aos interesses das partes, ao proteger contra danos latentes. De outra parte, caso a atividade para a qual se busca contratar seguro tenha sido há pouco iniciada, não existe risco de que tenham ocorrido danos no passado longínquo. Não haveria, nesse caso, interesse do segurado de se proteger contra atividade realizada anteriormente.

5. Conclusão

O artigo buscou examinar a validade da cláusula à base de reclamação presente em contrato de seguro de responsabilidade civil. O esforço

⁹⁶ CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140*, cit., p. 768.

realizado resulta de seu tratamento ainda reduzido pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil, o que não reflete a preocupação de outros ordenamentos.

Diante da riqueza existente da discussão em outros sistemas jurídicos, aproveitou-se da mesma para elaborar o artigo. Houve preocupação, porém, de examinar os elementos legislativos brasileiros para compreender a aceitação e validade dessa cláusula. O primeiro exame correspondeu à avaliação estrutural da validade, com base na verificação da existência de risco na contratação, bem como da existência de renúncia a direito resultante do contrato. Em seguida, mostrou-se necessária a avaliação da validade da cláusula considerando os interesses das partes, sob perspectiva funcional. Para tanto, se serviu de profunda discussão existente a partir da decisão da Corte de Cassação italiana, inovadora na matéria. Esta decisão permitiu superar a resistência da doutrina daquele país com a possibilidade de escrutínio de cláusulas contratuais, dado que elas poderiam, em certas circunstâncias, envenenar a causa do contrato.

Com base nesse arcabouço, buscou-se traçar alguns parâmetros para examinar a abusividade de cláusulas à base de reclamação. O exame da abusividade da cláusula à base reclamação no direito brasileiro, seja pela introdução de períodos mínimos pela normativa da SUSEP, seja pelos reduzidos prazos prescricionais fixados para as responsabilidades contratual e extracontratual, mostra-se menos problemática do que no direito italiano. Essa conclusão não permite afastar aprioristicamente a abusividade dessa cláusula contratual, impondo especial atenção para período de retroação dos fatos ilícitos e o interesse das partes em assegurar determinada atividade. A questão pode ser superada com a intervenção legislativa, tal como ocorreu na França e na Alemanha, o que permitiria garantir maior estabilidade para a difusão dessa cláusula no mercado brasileiro.

6. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades*. In: Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (coords.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico*. In: Novissimo Digesto Italiano, III. Turim: Gianppichelli, 1957.

CARNEVALI, Ugo. *La clausola “claims made” nella sentenza delle Sezioni Unite, Nota a Cass. sez. un. civ. 6 maggio 2016, n. 9140. I Contratti*, 2016, 8-9, pp. 759-770.

CIOFFI, Carmine. *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola “claims made”*, *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 6, pp. 1515-1533.

CLARK, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*. 13. ed. Londres: LLP, 1997.

DA SILVA, Agno José, *D&O um seguro ainda desconhecido*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI304158,51045-DO+um+seguro+ainda+desconhecido>. Acesso em 30.8.2019.

DE SOUZA, Eduardo Nunes. *Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil*. Revista de Direito Privado, v. 15, n. 58, pp. 75-107, abr./jun. 2014.

DELFINI, Francesco. *Clausole “claims made” e determinazione unilaterale dell’oggetto nel “B2B”: l’equilibrio giuridico del contratto negli “obiter dicta” della Cassazione*, *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 3, pp. 545-570.

DIDINI, Thyago Lacerda. *A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KONDER, Carlos Nelson Konder. *Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015*. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 14, p. 33-57, 2017.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck Lacerda. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.

LANDINI, Sara. *The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts*. The Italian Law Journal, 2016, pp. 509-521.

MARTINS-COSTA, A *boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

MENDES, Carla Dila Lessa; ZETTEL, Christine de Faria; e COSTA, Marcelo Bittencourt Ferro. *As apólices à base de reclamações no*

Brasil. Revista Brasileira de Risco e Seguro, v. 3, v. 6, pp. 135-170, out. 2007/mar. 2008.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao código civil*: v. 5 (arts. 421 a 480), *Dos contratos em geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. “Claims made”, “code lunghe” e ostracismi giudiziari, in *Nota a Cass. sez. III civ. 28 aprile 2017, n. 10506. Danno e responsabilità*, 2017, fasc. 4, pp. 445-452.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários ao Código civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 722 a 853*, v. VII. Rio de Janeiro: Forense: Fadisp, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *O princípio da função social no direito civil contemporâneo*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, p. 141-154, out./dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O Impacto da Covid-19 no âmbito dos Contratos: reflexões após pouco mais de um ano de pandemia

Bruna Monteiro Bittencourt¹

Resumo: O presente artigo aborda as medidas adotadas, em decorrência da pandemia causada pela Covid-19, no âmbito do direito dos contratos. São retratados os principais fundamentos jurídicos que permitem a revisão ou a resolução contratual, bem como o posicionamento atual da jurisprudência e da doutrina a respeito do tema. Conclui-se com as reflexões obtidas em pouco mais de um ano de pandemia, incluindo-se as orientações a respeito de como os contratantes podem agir.

Abstract: This article discusses the measures adopted as a result of the pandemic caused by Covid-19 in the scope of contract law. Among other measures, it mentions the main legal grounds that allow the contractual review or resolution, as well as the current positioning of the latest case law and legal doctrine. It concludes with the reflections obtained in a little more than a year of the pandemic, including guidelines on how contracting parties can act.

Palavras-chave: Covid-19, Contratos, Legislação, Doutrina, Jurisprudência, Orientações, Renegociação.

Keywords: Covid-19, Contracts, Legislation, Legal Doctrine, Case Law, Legal Advice, Renegotiation.

Sumário: Introdução. 1. Desequilíbrio contratual superveniente. 1.1 Teoria da Imprevisão. 1.2. Onerosidade Excessiva e Extrema Vantagem. 1.3. Caso Fortuito ou de Força Maior. 2. A resposta do Judiciário. 3. O posicionamento da Doutrina. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Introdução

De uma forma geral, períodos de crise econômica tendem a surpreender os negócios jurídicos. No entanto, a pandemia causada

¹ Advogada, formada em 2020 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-Graduada em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Escola Brasileira de Direito.

pela Covid-19 é, sem sombra de dúvidas, a maior tragédia global do século, sobretudo em razão das incertezas sobre o tempo em que ainda pode se alongar.

A população, nesta quadra de crise, viu-se obrigada a um esforço de adaptação, e não teve outra alternativa senão se adequar às medidas de isolamento, ao uso de máscara e de álcool em gel, a trabalhar, quando possível, em *home office*, e a restringir o exercício de diversas atividades cotidianas. As consequências de tantas transformações incluem o impacto em determinados setores da economia, o que levou o Ministério da Economia a identificar e divulgar aqueles que foram mais afetados, dentre eles as atividades artísticas, criativas e de espetáculos, o ramo de transportes no geral, os serviços de alimentação, a fabricação e o comércio de veículos, e a indústria de calçados.

Além disso, e para além dessa lista de setores tais como divulgados, sabe-se que diversas outras atividades comerciais precisaram se adequar à nova realidade, incluindo, mas não se limitando, as áreas de turismo, eventos, seguros, mercado imobiliário, ramo alimentício e por último, mas tão importante no atual cenário, a saúde.

Diante de tamanha insegurança e apreensão relacionadas à retração da atividade econômica, o governo lançou pacotes e medidas excepcionais para lidar com a pandemia – decretada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020 – e o decorrente estado de calamidade pública decretado no Brasil em 20 de março do mesmo ano.

Especificamente em relação aos impactos da pandemia nos contratos, e com o objetivo de mitigar seus efeitos, foram editadas algumas leis emergenciais. A primeira delas diz respeito às regras emergenciais para a aviação civil brasileira. Trata-se da Lei nº 14.034/2020 que, dentre outras medidas, dispôs sobre o cancelamento de voos e o reembolso do valor de passagens aéreas, já comercializadas durante o período de pandemia da Covid-19.

As medidas de isolamento social, implementadas para conter o avanço e propagação do novo coronavírus, também afetaram diretamente o funcionamento do comércio e das atividades de cultura, incluindo aquelas relacionadas a shows, espetáculos e eventos em geral, bem como as de lazer, tais como o teatro e o cinema. Por esta razão, considerando a restrição do exercício das referidas atividades, foi editada a Lei nº 14.046/2020, originária da Medida Provisória nº

948, cujo objeto consistiu em estabelecer medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 nos setores de turismo e de cultura.

Finalmente, faz-se necessário mencionar a Lei nº 14.010/2020, originária do Projeto de Lei nº 1.179/2020, que implementou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), no período da pandemia do novo coronavírus. O referido normativo contém capítulos específicos para as hipóteses de resilição, resolução e revisão de contratos, bem como para as relações de consumo e para alguns tipos de contratos em espécie.

Especificamente no que concerne às hipóteses de extinção ou revisão dos contratos, a lei determina que as consequências da pandemia não terão efeitos jurídicos retroativos, bem como que o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário, não são considerados fatos imprevisíveis para os fins exclusivos dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, como será abordado mais à frente.

É nos meandros desse cenário que se situa o presente artigo, que objetiva analisar os impactos da pandemia no âmbito dos contratos privados, especialmente as medidas e os fundamentos adotados com vistas à revisão e resolução dos mesmos.

Para tanto, serão analisados os recentes posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, incluindo-se um panorama geral a respeito do presente momento, denominado “segunda onda”, cujas premissas e conclusões que, para estarem contempladas nesse artigo, precisaram ser retratadas de forma concisa.

1. Desequilíbrio contratual superveniente

Conforme já mencionado acima, sabe-se que as medidas sanitárias de restrição e distanciamento social provocaram dificuldades no cumprimento dos contratos e, em alguns casos, até obstaram de vez a execução dos mesmos, especialmente em alguns setores da economia, como os de turismo, eventos e transporte aéreo comercial.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro preservar a autonomia da vontade, e primar pelo respeito ao *pacta sunt servanda*, consistente na força obrigatória dos pactos, contratos ou obrigações assumidas, sabe-se, por outro lado, que a cláusula *rebus sic stantibus*

constitui uma exceção àquele princípio, por reconhecer que uma alteração superveniente à formação dos contratos pode afetar o seu efeito vinculante, possibilitando a revisão ou a resolução do referido instrumento.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece determinados institutos que possibilitam os pedidos de resolução e revisão contratual, decorrentes de desequilíbrio financeiro superveniente à formação dos contratos.

Assim, antes que se pondere e se reflita sobre as alternativas – judiciais ou negociais – de solução de conflitos adotadas, faz-se necessário examinar os principais institutos que o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código Civil, oferece como base e fundamento jurídico para os pedidos de revisão e resolução contratual.

1.1. Teoria da Imprevisão

Inicialmente, tem-se a Teoria da Imprevisão, cuja base está na já mencionada cláusula *rebus sic stantibus* e na necessidade de *atender ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios*².

No Código Civil, entende-se que a sua previsão está contida no artigo 317, que dispõe que *quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*.

A aludida Teoria permite a revisão do valor das prestações contratuais em juízo, quando ficar constatada a extrema dificuldade no cumprimento do contrato, em decorrência de motivos imprevisíveis.

No entanto, por ter havido, na prática, uma certa resistência e dificuldade na definição e comprovação do que seria tido como motivo imprevisível, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 17, aprovado na I Jornada de Direito Civil, com o objetivo de esclarecer que *a interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abranger tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis*.

² ROSENVALD, Nelson. *Código civil comentado*. Coord.: Cesar Peluso. 7^a Ed. Barueri: Manole, 2013, p. 530.

Para Flávio Tartuce:

O que o enunciado traz como conteúdo é uma interpretação do fato imprevisível tendo como parâmetro as suas consequências para a parte contratante e não tendo em vista o mercado, a sua origem tão somente. Em outras palavras, são levados em conta critérios subjetivos, relacionados com as partes negociais, o que é mais justo, do ponto de vista social. Isso seria uma espécie de função social às avessas, pois o fato que fundamenta a revisão é interpretado na interação da parte contratante com o meio, para afastar a onerosidade excessiva e manter o equilíbrio do negócio, a sua base estrutural³.

Adicionalmente, há na doutrina uma tentativa de se distinguir a teoria da imprevisão da onerosidade excessiva, de modo que a hipótese de revisão contratual estaria prevista no artigo 317 do Código Civil (teoria da imprevisão), enquanto a possibilidade da resolução estaria contemplada no artigo 478 do mesmo diploma legal (onerosidade excessiva). Nesse sentido, segundo os entendimentos de Luiz Netto Lôbo:

Essa norma tem significado distinto do que prevê o art. 478, pois este é voltado para a resolução do contrato, em virtude de onerosidade excessiva da prestação de uma das partes, provocada por acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, enquanto aquela não atinge o fato jurídico fonte da obrigação, inclusive o negócio jurídico, mas apenas a prestação, com o fito de sua revisão ou correção⁴.

Não obstante, a diferença teórica possui mais relevância no âmbito hermenêutico do que no campo prático, já que a jurisprudência não costuma distinguir a teoria da imprevisão da onerosidade excessiva, na medida em que, por vezes, para aplicação da teoria da imprevisão exigem-se também os requisitos da onerosidade excessiva.

Fato é que, conforme será esclarecido adiante, ambas trazem a possibilidade de se rediscutir uma relação contratual em razão de acontecimentos supervenientes, imprevisíveis e não imputáveis à parte prejudicada.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 14^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 276.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 205.

1.2. Onerosidade Excessiva

O Código Civil disciplina, em seus artigos 478 a 480, a resolução contratual por onerosidade excessiva, estipulando quatro requisitos para a sua demonstração: (i) o contrato ser de execução continuada ou diferida, (ii) a existência de excessiva onerosidade para uma das partes, (iii) com extrema vantagem da outra parte e (iv) decorrente de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis.

Quanto ao requisito referente à duração do contrato, Caio Mário define a modalidade de execução diferida como aquele em que *a prestação das partes não se dá de um só jato porém a termo, não ocorrendo a extinção enquanto não se completar a solução*⁵. Em outras palavras, a extinção da obrigação ocorre em um só ato, mas somente quando se consumar a prestação, isto é, em momento futuro.

Já o contrato de execução continuada é mantido com a persistência da obrigação, por meio de atos reiterados, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, o próprio instrumento é encerrado. Ainda segundo Caio Mário, são aqueles em que *os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce*⁶.

Há na doutrina quem entenda que ambas as classificações – de execução continuada e diferida – fazem parte dos “contratos de duração”, em que a execução não é imediata ou instantânea, e nos quais se verifica um lapso temporal entre a conclusão do instrumento e o seu completo cumprimento.

Uma vez identificado o contrato quanto à sua duração, faz-se necessário verificar a presença dos requisitos fáticos: a onerosidade excessiva da prestação a ser cumprida por uma das partes e a extrema vantagem da outra parte.

Em suma, a extrema vantagem é retratada como uma inovação do legislador brasileiro, pois não é tida como um requisito nas legislações estrangeiras, o que ensejou dificuldade de conceituação e aferição.

Em que pesem as muitas críticas da doutrina e, até mesmo, algumas sugestões para ignorar o requisito da extrema vantagem, tem-

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. III, p. 60.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. III, p. 60.

se, na prática, que quando comprovada a onerosidade excessiva, a vantagem da contraparte seria reconhecida apenas por presunção iuris tantum⁷. Isto é, a extrema vantagem é tida como uma consequência da onerosidade excessiva.

A onerosidade excessiva, por sua vez, é classificada pela doutrina como um estado de desequilíbrio contratual, que ocorre em razão de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, de modo a alterar a situação fática da relação contratual e refletir diretamente sobre a prestação devida, tornando-a excessivamente onerosa para o devedor, enquanto a outra parte acaba por estar em posição de extrema vantagem.

Com relação à caracterização do acontecimento desencadeador do desequilíbrio, como se pode imaginar, não há qualquer divergência doutrinária acerca da definição de superveniência, que consiste na simples ocorrência do fato após a conclusão do contrato.

Por fato extraordinário, entende-se aquele *externo à relação contratual, que não seja imputável àquele que alega a onerosidade excessiva, e que constitua fato anormal, que não se enquadre no regular processamento da vida cotidiana*⁸.

Em contrapartida, imprevisível é o fato que as partes não podem prever no momento da celebração do contrato, conforme preleciona Judith Martins Costa:

O imprevisível é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada no momento de conclusão do ajuste. (...) Para a caracterização da imprevisibilidade normativamente considerada, devem ser tomadas em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, a capacidade de previsão de uma pessoa razoável e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida⁹.

⁷ AGUIAR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 911.

⁸ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*. Em: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406.

⁹ COSTA, Judith Martins. *A revisão dos contratos no código civil brasileiro*. In CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 117, 2010.

A doutrina entende que a diferença entre fato extraordinário e fato imprevisível reside no caráter objetivo daquele e subjetivo deste. Melhor explica Silvio Venosa que *um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem*¹⁰.

Por conseguinte, estando presentes os requisitos do artigo 478 do Código Civil, o devedor poderá pleitear em juízo a resolução do contrato. Não obstante, a resolução do contrato poderá ser evitada se a outra parte tiver interesse em modificar equitativamente as condições do contrato, conforme estabelece o artigo 479 do Código Civil.

A não resolução do contrato pode ainda, com base no artigo 480 do mesmo diploma legal, ser convertida no pedido de redução da prestação devida, a fim de se evitar a onerosidade excessiva.

Para Maria Helena Diniz, a regra traz a hipótese de resolução do contrato, embora este possa ser revisado quando a parte requerida se oferecer a modificar os termos do negócio jurídico:

A onerosidade excessiva está adstrita à resolução e não à revisão contratual, mas nada obsta a que o interessado (réu da ação de resolução do contrato) se ofereça, ante o princípio da conservação do negócio jurídico, na contestação ou na transação judicial, para modificar a prestação, evitando a rescisão do contrato e restabelecer o equilíbrio contratual¹¹.

Na prática, o Judiciário movimenta-se de forma não oposta, mas diversa, no sentido de manter o negócio jurídico, porém reajustando as prestações e reduzindo o valor da obrigação e, somente em último caso, o devedor é totalmente exonerado e o contrato resolvido.

Em outras palavras, não obstante os artigos 478 a 480 fazerem parte do Capítulo II do Código Civil, denominado “Da Extinção do Contrato”, opera-se, quando possível, e em respeito ao princípio da conservação do negócio jurídico, pela primazia da revisão do contrato em detrimento à sua resolução.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15^a Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164.

Por fim, nas situações que envolvem, especificamente, as relações de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, notadamente o seu artigo 6º, V, que inovou ao estabelecer que a admissão da onerosidade excessiva não pressupõe a ocorrência de fato imprevisível, mas tão somente fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas.

Nesse sentido, diferente dos pressupostos previstos no Código Civil, nas relações consumeristas foi consagrada a “Teoria da Base Objetiva”, na qual inexiste a obrigação de se comprovar a imprevisibilidade do fato que ensejou a revisão contratual, e que possui fundamento na finalidade do próprio Código de Defesa do Consumidor de proteger a parte hipossuficiente da relação – o consumidor –, o que autoriza a diferenciação do tratamento em relação ao Código Civil.

Para esses casos, a constatação da onerosidade excessiva pode levar a três consequências: a nulidade de cláusula que trouxe desvantagem exagerada ao consumidor, com base no artigo 51, IV e §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor; a revisão do contrato com base no fato superveniente não previsto pelas partes quando da conclusão do instrumento e, por último, com o objetivo de preservar o equilíbrio do contrato, o direito de modificação apenas da cláusula objeto da análise.

1.3. Caso Fortuito ou de Força Maior

O Código Civil ainda prevê a resolução decorrente de inexecução involuntária, isto é, de fatos inevitáveis, alheios à vontade das partes, denominados caso fortuito ou de força maior, que impossibilitam o cumprimento da obrigação.

A sua previsão legal está contida no artigo 393, do Código Civil, que dispõe que *o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*, bem como define que *o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*.

Qualificar tais situações requer, essencialmente, a verificação objetiva sobre a impossibilidade de adimplemento da prestação. Com relação às diferenças teóricas entre caso fortuito e força maior, entende o doutrinador Flávio Tartuce que *o caso fortuito se caracteriza como evento totalmente imprevisível e a força maior como evento previsível, mas inevitável*¹².

¹² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 14^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 371.

Em outras palavras, caso fortuito é o evento que não se pode prever e que não se pode evitar. Já os casos de força maior são os fatos humanos ou naturais, que podem até ser previstos, mas de igual forma não podem ser impedidos, tais como tempestades, furacões, raios, guerras e revoluções.

A doutrina ainda traz diversas teorias acerca das demais possíveis distinções entre caso fortuito e de força maior, como, por exemplo, teoria da extraordinariedade, teoria da previsibilidade e da irresistibilidade, teoria das forças naturais e do fato de terceiro, fato do princípio, entre outras.

Fato é que, para o presente artigo, tal diferenciação não se revela salutar, porque, na prática, sendo situação de caso fortuito ou de força maior, o tratamento jurídico será o mesmo, o de exonerar a responsabilidade das partes por eventual descumprimento contratual, tendo como efeito a suspensão do cumprimento da obrigação ou a sua extinção.

Por fim, cumpre ressaltar que, apesar de institutos próximos à teoria da imprevisão e à onerosidade excessiva, os casos fortuitos ou de força maior apresentam determinadas diferenças teóricas.

Enquanto na teoria da imprevisão e na onerosidade excessiva o negócio jurídico pode ser resolvido ou reajustado com o fim de reequilibrar as obrigações pactuadas, nos casos fortuitos ou de força maior há total impossibilidade de adimplemento das obrigações, de forma temporária ou permanente, ocasião em que, via de regra, não será devida indenização por qualquer das partes.

2. A resposta do Judiciário

É de conhecimento geral que a gravidade da pandemia da Covid-19 impôs a adoção de medidas excepcionais para conter a crise sem precedentes, que o Brasil começou a enfrentar em março de 2020.

Por mais que se cogitasse que os seus efeitos seriam acentuados, especialmente porque foi possível observar previamente a delicada situação enfrentada pela China e pela maior parte dos países Europeus, não foi possível prever a dimensão e os verdadeiros impactos hoje concretizados, incluindo a ora vivenciada “segunda onda”.

O contexto de crise global, incluindo o colapso dos sistemas de saúde públicos e privados, movimentou os mais diversos setores da economia e fez com que a imprevisibilidade sobre o lapso temporal da situação agravasse os seus efeitos.

Com fundamento no princípio constitucional de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, inúmeros novos conflitos surgidos em decorrência dos efeitos da pandemia foram submetidos à apreciação do Judiciário, acentuando, ainda mais, o cenário de sobrecarga já existente. É para demonstrar tal panorama em tempo real, foram disponibilizados nos sites oficiais de alguns Tribunais os dados estatísticos referentes às ações judiciais ingressadas nesse período.

De forma elucidativa, é possível observar que, um mês após a OMS declarar o estado de pandemia, ou seja, em abril de 2020, já haviam sido ingressadas cerca de 500 (quinhentas)¹³ ações no Supremo Tribunal Federal sobre assuntos relacionados à Covid-19. Os dados estatísticos apontam, ainda, que com pouco mais de um ano de pandemia, isto é, em abril de 2021, foram recebidos ao todo mais de 12.100 (doze mil e cem)¹⁴ processos, dentre eles cerca de 8.200 (oito mil e duzentos)¹⁵ relacionados à Covid-19. É possível constatar que os principais assuntos levados à apreciação do Judiciário estão relacionados à saúde, renegociação de contratos, constrição de bens, pagamento de tributos, suspensão de contrato e/ou redução de jornada de trabalho e fornecimento de serviços, tais como de educação, energia elétrica e telefonia.

Nesse cenário, e com receio do desencadeamento de um colapso econômico, o presidente do Banco Central, Roberto Campos Neto, demonstrou preocupação com a situação financeira do país em caso de quebra de contratos. Em uma de suas declarações públicas, ele afirmou que:

Uma preocupação que todos nós deveríamos ter é com esse tema que estamos vendo da quebra de contrato. (...) Entrarmos num regime de quebra de contrato vai ser muito danoso para a economia brasileira no médio e longo prazo. É muito danosa essa percepção de que, porque eu tenho um ambiente extraordinário, não vou honrar o contrato que fiz anteriormente, porque se levarmos isso ao limite temos um colapso do sistema¹⁶.

¹³ Disponível em <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>, acesso em 21/04/2021.

¹⁴ Disponível em <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e-554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>>, acesso em 21/04/2021.

¹⁵ Disponível em <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>, acesso em 21/04/2021.

¹⁶ Disponível em <https://www.correobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/04/04/internas_economia,842442/governo-pede-que-os-brasileiros-honrem-contratos-e-paguem-contas.shtml>, acesso em 21/04/2021.

Ainda em relação ao impacto nos contratos, muito se ouviu sobre o termo “rompimento contratual”, em razão da alteração da relação fática dos contratantes, o que supostamente poderia ensejar não só a repactuação, como a extinção das obrigações por eles assumidas.

No entanto, a jurisprudência atual aparenta estar indo de encontro às teses genéricas de rompimento dos contratos, pura e simplesmente, em razão da pandemia. Na verdade, os pedidos de resolução e revisão contratual decorrentes de desequilíbrio contratual superveniente ao início da pandemia têm sido avaliados de forma bastante cautelosa por parte do Judiciário.

Na análise dos recentes julgados proferidos pelos Tribunais pátrios, constata-se que, nos casos fundamentados com base na teoria da imprevisão e na onerosidade excessiva, além dos requisitos previstos no artigo 478 do Código Civil, também tem sido exigidos: a comprovação de impactos econômicos diretos na atividade¹⁷, o adimplemento das parcelas anteriores à pandemia¹⁸ e, em alguns casos – mais isolados –, a tentativa prévia de composição extrajudicial, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva¹⁹.

¹⁷ BRASIL. 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0711241-57.2020.8.07.0001, Relatora Des. Leila Arlanch. Distrito Federal, 24 mar. 2021;

BRASIL. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Agravo de Instrumento nº 1407878-83.2020.8.12.0000, Relator Des. Sidnei Soncini Pimentel. Mato Grosso do Sul, 28 ago. 2020;

BRASIL. 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0707660-37.2020.8.07.0000, Relator Des. Josapha Francisco dos Santos. Distrito Federal, 04 mai. 2020.

BRASIL.

¹⁸ BRASIL. 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2065007-07.2020.8.26.0000, Relator Des. Arantes Theodoro. São Paulo, 8 de abr. 2020; e

BRASIL. 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0711280-54.2020.8.07.0001, Relator Des. Angelo Passareli. Distrito Federal, 09 dez. 2020.

¹⁹ BRASIL. 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 5030137-36.2020.8.24.0000, Relator Des. Luiz Cézar Medeiros. Santa Catarina, 17 nov. 2020; e

BRASIL. 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0709283-39.2020.8.07.0000, Relator Des. Hector Valverde. Distrito Federal, 05 mai. 2020.

Uma vez demonstrados os requisitos acima destacados, o Judiciário tem preferido, quando possível, a revisão contratual, em respeito ao princípio da conservação do negócio jurídico, flexibilizando ou postergando os prazos para pagamento e equilibrando equitativamente as obrigações assumidas.

Nas demandas que caracterizaram a pandemia como caso fortuito e de força maior, tem sido exigida a comprovação do risco de dano e, caso este reste efetivamente demonstrado, entende-se cabível a revisão temporária do contrato²⁰.

Seguindo essa linha ponderada de raciocínio, o Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que a Covid-19 não pode levar à interferência excessiva dos contratos, na medida em que *o mundo empresarial é um sistema de vasos comunicantes. Se um cliente não paga o fornecedor, isso reflete em toda a cadeia produtiva*²¹. Em outro momento, o Ministro também afirmou que: *Este momento exige muita negociação. A revisão não é panaceia para todos os desequilíbrios contratuais; depende da atividade, do setor, dos fatos que envolvem a relação contratual. Nós precisamos entender que a revisão dos contratos é singular, deve ser vista caso a caso*²².

A declaração acima vai ao encontro do que boa parte da doutrina tem manifestado sobre o assunto, especialmente no que concerne à necessidade de cautela do Judiciário ao julgar ações revisionais, com o intuito de não generalizar e garantir a análise técnica e individualizada dos impactos econômicos sofridos em cada contrato.

3. O posicionamento da Doutrina

Era se de esperar que um tema com tamanha relevância e impacto econômico fosse objeto de muitos artigos e opiniões por parte dos

²⁰ BRASIL. 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2270018-33.2020.8.26.0000, Relator Des. Marcondes D'Angelo. São Paulo, 23 fev. 2021.

²¹ Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-o-presidente-do-STJ--%E2%80%9Cprincípio-da-Covid-19%E2%80%9D-nao-pode-levar-a-interferencia-excessiva-nos-contratos.aspx>>, acesso em 23/04/2021.

²² Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Em-debate-virtual--presidente-do-STJ-fala-da-importância-da-negociação-nas-relações-contratuais.aspx>>, acesso em 23/04/2021.

doutrinadores brasileiros. As medidas excepcionais criadas pelo legislativo e executivo, a crescente judicialização e o temor pela criação de soluções genéricas, fez com que boa parte da doutrina caminhasse para um entendimento – se assim se pode dizer – uníssono.

Em um primeiro momento, é de se esperar que a judicialização de demandas contratuais aparente ser a solução mais segura em termos jurídicos. No entanto, quando o direito é instrumento de determinação de perda ou ganho em um conflito, concorre sempre para a transformação dos conflitos em outros conflitos²³, de modo que, tê-la como primeira opção, pode trazer ainda mais ônus para as partes.

Sob a mesma ótica, Anderson Schreiber defende que:

A propositura de uma demanda judicial, por si só, é usualmente percebida por ambas as partes como um fato perturbador da sua relação contratual e produz, não raro, um acentuado efeito de desestímulo à obtenção do consenso, na medida em que, por sua própria estrutura e por certa cultura beligerante do contencioso, o processo costuma acirrar divergências entre as partes²⁴.

Para além da possível judicialização dos conflitos contratuais, os remédios que a legislação e a jurisprudência oferecem podem ser utilizados, de forma alternativa, como fundamento para um acordo, mediante negociação entre os contratantes. Nesse contexto, reputa-se relevante avaliar cada caso concreto de forma individualizada, considerando o real alcance dos danos sofridos por cada parte, a fim de se viabilizar o reequilíbrio das obrigações assumidas, chegando-se a soluções factíveis em eventual renegociação.

De forma a corroborar o exposto, Flávio Tartuce posicionou-se, irretocavelmente, no seguinte sentido:

Assim, reitero a minha posição de que todos os contratos merecem uma análise pontual, dentro do esperado bom senso, como consequência imediata do princípio da boa-fé objetiva. As partes devem, assim, procurar soluções intermediárias e razoáveis, movidas pela equidade e pela boa razão. Os contratos relacionais ou cativos

²³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur., 2020, p. 353.

de longa duração, concretizados no tempo e com grande possibilidade de continuarem a se perpetuar no futuro, merecem prioridade de cumprimento, além daqueles negócios que envolvem conteúdo existencial, além do patrimônio, caso dos contratos de plano de saúde. Chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a ser comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade. De nada adiantará uma disputa judicial por décadas, com contratos desfeitos e relações jurídicas extintas de forma definitiva²⁵.

Para o conceituado doutrinador e professor Anderson Schreiber, mais do que uma tentativa de solução extrajudicial de conflitos contratuais, com vistas a reduzir a judicialização excessiva, a renegociação é medida de que se impõe. Em sua tese defendida e aprovada na disputa para o cargo de Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), ele propõe o reconhecimento de um “dever de renegociar”, fundamentado na cláusula geral de boa-fé objetiva, e segundo o qual os contratantes deveriam se esforçar por obter uma solução consensual. Em suas palavras:

O dever de renegociar não é o dever de obter a revisão extrajudicial do contrato, mas sim um dever de tentar obtê-la. Em outras palavras, o dever de renegociar consiste tão somente no dever de ingressar em negociação que pode ou não se revelar bem-sucedida. O dever de renegociar aplica-se a ambos os contratantes, portanto. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado; e (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a proposta nesse sentido, analisando-a seriamente²⁶.

Outros operadores do Direito, com base na tese construída pelo Professor Anderson Schreiber, mostraram-se favoráveis à criação de normas excepcionais com o objetivo de reduzir a judicialização

²⁵ <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos---extincao--revisao-e-conservacao---boa-fe--bom-senso-e-solidariedade>

²⁶ SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur., 2020, p. 465.

excessiva. Nas palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Mello:

Tal ilícito funcional pode ter uma função preventiva da futura responsabilidade civil e o Estado tem interesse em evitar a excessiva judicialização das ações de revisão contratual, assim como das eventuais ações de resolução e/ou indenizatórias. Se for admitida a premissa de que a recusa indevida de renegociar o contrato diante de desequilíbrio contratual configura ato ilícito, é possível existir uma lei que determine tal comportamento antes da demanda judicial. Além dos requisitos processuais do artigo 330, §§ 2º e 3º, do CPC para as ações revisionais de obrigação, deveria ser demonstrada ao julgador a existência de uma prévia tentativa de renegociação e que esta restou frustrada, pois o réu a quem se imputa, no âmbito da teoria da asserção, a vantagem excessiva, se recusou a rediscutir o contrato que se protrai no tempo e foi alvejado pela pandemia²⁷.

A doutrina, corroborada por alguns magistrados, aparenta caminhar para uma tendência de buscar o consenso e a renegociação dos contratantes em seus conflitos, utilizando-se o direito de ação com responsabilidade, quando estritamente necessário, tendo em vista o cenário de sobrecarga do Judiciário.

No que concerne ao atual período da pandemia denominado como “segunda onda”, faz-se necessária uma ressalva: em que pese, segundo especialistas, a situação social e de parcela da economia se mostrarem agravadas, não se pode mais utilizar o fenômeno pandemia como fato superveniente, imprevisível e extraordinário.

Sublinhe-se que o extenso lapso temporal dos efeitos da pandemia pode, sem sombra de dúvida, demandar uma maior flexibilidade e reajuste de cláusulas e obrigações assumidas em determinados contratos. Ademais, em que pese o fato de a vacina trazer esperança por dias melhores, não há dúvida de que, no presente ano, o Brasil enfrenta a pior fase em termos de vidas perdidas para o novo coronavírus.

Não obstante, o que se pretende demonstrar é que os requisitos da teoria da imprevisão, onerosidade excessiva e de caso fortuito ou de

²⁷ Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325543/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempo-de-covid-19>>, acesso em 24/04/2021.

força maior não serão mais admitidos como fundamentos para pedidos de revisão ou resolução contratual em decorrência da pandemia da Covid-19, relativamente aos contratos firmados após o seu início, na medida em que tal fenômeno já era de conhecimento dos contratantes quando da celebração do instrumento contratual.

Como consequência, a recomendação é para que os novos instrumentos contratuais contenham cláusulas qualificando a pandemia como estado de calamidade pública, sublinhando a sua não configuração como caso fortuito ou força maior, bem como delimitando o seu período, os efeitos para a relação contratual e eventual alocação de riscos para cada uma das partes.

4. Conclusão

A crise no enfrentamento da pandemia está presente também nas relações contratuais. O momento desafiador pede cautela e razoabilidade, prezando-se pelos princípios da manutenção do negócio jurídico e da boa-fé objetiva, sobretudo, para que a recuperação econômica em uma conjuntura pós-pandemia não seja tão custosa quanto a tragédia já existente.

O ordenamento jurídico brasileiro oferece alguns remédios para o reestabelecimento financeiro do contrato quando as partes verificam um superveniente desequilíbrio na relação contratual.

Em que pese o fato de que uma das possibilidades seja o pedido de revisão ou resolução judicial do contrato, é evidente que o ingresso de demanda judicial pode afetar, ainda mais, a situação financeira da parte prejudicada, em razão dos custos envolvidos no processo.

Nesse sentido, durante o período de pandemia, no qual a solidariedade se faz tão necessária, a renegociação tem se mostrado uma estratégia eficaz para que as partes mutuamente possam mensurar o grau de impacto nas obrigações assumidas. Tal medida é conexa também com o atual sistema processual civil brasileiro, que se encontra estruturado para estimular a autocomposição, com vistas a atenuar o cenário de judicialização excessiva.

Fazendo ainda um paralelo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito a extinção dos contratos, que lhe deixa como última alternativa ou restrita às hipóteses de impossibilidade de cumprimento das obrigações assumidas, poder-se-ia utilizar a mesma linha argumentativa em relação à judicialização.

Isto é, salvo nos casos de manifesta impossibilidade no cumprimento contratual, os demais casos, passíveis de negociação, deveriam ser levados em juízo apenas como *última ratio*. E somente quando demonstrada a inviabilidade de resolução do conflito de forma negocial, poderiam as partes provocar o Judiciário que, por sua vez, deve permanecer analisando cada demanda de forma individualizada, evitando decisões genéricas, que não levam em conta a situação financeira específica de cada contrato.

Dessa forma, orienta-se informar a outra parte tão logo seja verificado o desequilíbrio das obrigações contratuais em decorrência da pandemia da Covid-19, para que, juntas, as partes possam buscar a renegociação e o reestabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato.

Especificamente no caso dos contratos firmados após o início da pandemia, incluindo-se o atual momento denominado “segunda onda”, não se revela cabível a utilização do argumento da imprevisibilidade ou caso de força maior, de modo que, ao celebrar o instrumento contratual, as partes devem prever, de forma expressa, a existência da pandemia como um estado de calamidade pública, determinando a ciência das partes em relação aos seus possíveis efeitos e, quando possível, delimitando um período para cumprimento das obrigações na forma em que foram assumidas, findo o qual podem as partes buscar a renegociação também.

O cenário testa a capacidade de garantir a sustentabilidade das relações contratuais, mas urge por responsabilidade, solidariedade e diálogo na tomada de decisões.

5. Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. 25^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2270018-33.2020.8.26.0000, Relator Des. Marcondes D’Angelo. São Paulo, 23 fev. 2021.

BRASIL. 36^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2065007-07.2020.8.26.0000, Relator Des. Arantes Theodoro. São Paulo, 8 de abr. 2020.

BRASIL. 4^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Agravo de Instrumento nº 1407878-83.2020.8.12.0000, Relator Des. Sidnei Soncini Pimentel. Mato Grosso do Sul, 28 ago. 2020.

BRASIL. 5^a Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 5030137-36.2020.8.24.0000, Relator Des. Luiz Cézar Medeiros. Santa Catarina, 17 nov. 2020.

BRASIL. 5^a Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0707660-37.2020.8.07.0000, Relator Des. Josapha Francisco dos Santos. Distrito Federal, 04 mai. 2020.

BRASIL. 5^a Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0711280-54.2020.8.07.0001, Relator Des. Angelo Passarelli. Distrito Federal, 09 dez. 2020.

BRASIL. 5^a Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0709283-39.2020.8.07.0000, Relator Des. Hector Valverde. Distrito Federal, 05 mai. 2020.

BRASIL. 7^a Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0711241-57.2020.8.07.0001, Relatora Des. Leila Arlanch. Distrito Federal, 24 mar. 2021.

COSTA, Judith Martins. *A revisão dos contratos no código civil brasileiro*. In CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*. Em: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROSENVALD, Nelson. *Código civil comentado*. Coord.: Cezar Peluso. 7^a Ed. Barueri: Manole, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur., 2020.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 14^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15^a Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Seguro Ambiental: Aliado do Princípio do Poluidor-Pagador?

Fabio Garcia Barreto¹

Resumo: O presente artigo analisa e apresenta a efetividade do seguro ambiental como instrumento jurídico-econômico que auxilia empresas potencialmente poluidoras, no atendimento ao *Princípio do Poluidor-Pagador* estabelecido pela Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Para fundamentá-lo, procedeu-se o levantamento de informações na literatura técnica sobre o referido princípio e conhecimento prático do funcionamento do seguro mencionado. A análise permitiu identificar que: (i) o seguro, em seu processo de análise, denominado subscrição, corrobora com a função *preventiva* do referido princípio e, (ii) na medida em que surge um evento adverso que aciona a apólice, o seguro tem função *reparatória* do dano através da indenização. Diante de tal fato, conclui-se que o seguro ambiental possui um importante papel tanto na prevenção dos riscos ambientais presentes em uma atividade quanto na reparação dos danos ambientais, já que a indenização recebida por uma empresa mitiga os custos que viriam a ser internalizados, além de permitir a continuidade de sua operação, uma vez que os valores envolvidos podem ser altos.

Abstract: This article analyzes and presents the effectiveness of environmental insurance as a legal-economic instrument that assists a potentially pollution company in complying with the Polluter Pays Principle established by the National Environment Act (PNMA). To support this article, we proceeded with the survey of information in the technical literature on the referred principle and practical knowledge of the mentioned insurance operation. The analysis allowed to identify that: (i) the insurance, in its analysis process, called underwriting, corroborates with the preventive function of the referred principle, and (ii) as an adverse event that triggers the policy arises, the insurance has a reparative function to the damage through the indemnity. In view of this fact, it is concluded that environmental insurance plays an important role both in preventing

¹ Pós-Graduando em Direito Ambiental pelo CEI/IDPV. MBAs em Gestão e Tecnologias Ambientais e Gestão de Áreas Contaminadas & Revitalização de Brownfields pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Paulista (UNIP). Gerente Regional de Subscrição de Seguros para Riscos Ambientais em Seguradora Multinacional.

environmental risks present in a business and in repairing environmental damage as the indemnity received by a company mitigates the costs that would be internalized in addition to allow the continuity of its operation, since the sums involved can be high.

Palavras-chave: Seguro ambiental – Princípio do poluidor pagador – Prevenção de danos ambientais – Reparação de danos ambientais.

Keywords: Environmental insurance - Polluter Pays Principle - Prevention of environmental damage - Repair of environmental damage.

1. Introdução

Prevenção e reparação e/ou indenização de danos são preconizados pelo *Princípio do Poluidor-Pagador*. E para atender a esse princípio em sua totalidade é que se tem o seguro ambiental, instrumento econômico ainda em estágio de desenvolvimento no Brasil, mas que já começa a ganhar espaço no portfólio de seguros contratados pelas empresas potencialmente poluidoras. Em razão da necessidade de conscientização de sua importância, o tema será estudado de maneira resumida neste artigo.

Assim, no capítulo 2 será abordado o *Princípio do Poluidor-Pagador* e seu funcionamento. No capítulo seguinte, será contextualizada a origem do seguro ambiental, suas principais coberturas e processo de colocação de uma apólice. Já no capítulo 4, será feita uma correlação do seguro ambiental com o referido princípio, objetivando-se apresentar de que forma o seguro atende aos mecanismos estabelecidos pelo princípio e como as empresas potencialmente poluidoras podem se beneficiar dele. Em conclusão, as considerações finais apresentam a efetividade do seguro ambiental em atendimento a importante princípio do Direito Ambiental.

2. Princípio Poluidor Pagador

De maneira inovadora, em 1981, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu o então já consagrado internacionalmente¹ *Princípio do Poluidor-Pagador*, um dos princípios ambientais de maior importância para a proteção do meio ambiente. Recepção pelo

¹ O *Princípio do Poluidor-Pagador* foi adotado internacionalmente pelos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1972.

Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)², ele nasce composto por dois mecanismos diferentes: as (i) medidas necessárias à preservação do meio ambiente (*prevenção*), e a (ii) reparação e/ou indenização dos danos ao meio ambiente caso este venha a ocorrer (*reparação e/ou indenização*).

O primeiro desses mecanismos, alicerçado nos Art. 2º, Art. 4º, VI e Art. 14 da referida lei, imputa sobre o potencial poluidor a obrigação de empreender, no exercício de sua atividade, medidas que assegurem a preservação tanto dos recursos ambientais quanto da qualidade ambiental necessária à manutenção do equilíbrio ecológico. Já o segundo, fundado nos Art. 4º, VII e Art. 14, §1º da mesma lei, impõe ao poluidor a obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, consequentes da sua atividade.

Antes da referida lei, a empresa causadora do dano ambiental passava impune. Muitas vezes, como resultado da ausência de práticas de gestão ambiental, do desconhecimento das limitações do meio ambiente em absorver poluentes e da desassociação entre os temas *desenvolvimento econômico* e *meio ambiente* pelas atividades em geral, a empresa poluidora legava um custo à sociedade que se refletia na perda dos recursos ambientais e, consequentemente, do equilíbrio essencial à vida, resultando numa *socialização* dessas perdas, absorvendo apenas o lucro de sua atividade.

No entanto, com a adoção do *Princípio do Poluidor-Pagador*, busca-se que esses efeitos negativos indiretamente sofridos pela sociedade e meio ambiente decorrentes do processo produtivo, denominados *externalidades negativas*, sejam internalizados pela empresa potencialmente poluidora no seu custo de produção, na medida em que se imputa à infratora uma responsabilização jurídica-econômica de reparar e/ou indenizar os danos causados pela sua atividade, assim desonerando a sociedade desses efeitos.

Paulo de Bessa Antunes (2015, p. 148) ensina que o objetivo desse princípio é justamente [...] *evitar que os danos ao meio ambiente sejam utilizados como subsídios para a atividade econômica, [...] e faz isso por meio da imposição de um custo ambiental àquele que se utiliza do meio ambiente em proveito econômico.*

Por esta razão é que, embora haja uma ênfase normativa sobre a reparação e/ou indenização do dano ambiental, mais importante,

² Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

claramente, é a sua prevenção. Pois, se com a implementação de medidas preventivas o dano já ocorre, o que dirá sem elas.

Então, conforme as empresas poluidoras foram sendo responsabilizadas pelos danos ambientais causados por suas atividades, concomitantemente ao processo de conscientização da sociedade sobre os seus direitos (principalmente após a Constituição Federal de 1988)³ e ao aparelhamento dos órgãos ambientais, com o objetivo de fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras de maneira mais rigorosa, um processo de transformação importante começa a ocorrer: o meio ambiente ganha espaço na agenda corporativa, há uma revisitação aos processos produtivos, práticas de gestão ambientalmente adequadas passam a ser adotadas, além de uma percepção de que os custos de prevenção podem ser menores que custos de reparação e/ou indenização.

Ainda como resultado do *Princípio do Poluidor-Pagador*, o princípio da *prevenção*⁴ ganha força no Brasil e estudos e análises de riscos e impactos ambientais começam a ser desenvolvidos com a finalidade de orientar as empresas potencialmente poluidoras nas tomadas de decisões, a fim de se evitarem danos ambientais futuros e consequentes indenizações relacionadas à reparação desses danos. E esse cenário se agrava, na medida em que os danos ambientais começam a ganhar repercussão na mídia, e quando sua associação à imagem das empresas responsáveis começa a resultar também em danos à sua reputação e consequente perda de valor de mercado.

Isso reforça ainda mais a importância e necessidade de se internalizarem custos que suportem a empresa potencialmente poluidora a identificar, avaliar, transferir e mitigar os riscos ambientais de sua operação, razão pela qual o seguro, instrumento cujo risco pode ser transferido, será abordado no próximo capítulo.

³ Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (BRASIL, 1981, grifo nosso).

⁴ Princípio que não será abordado neste artigo, mas, a título de breve conhecimento, tem seu nascimento de maneira implícita no Princípio 5 da Declaração de Estocolmo, em 1972, e visa à adoção de medidas, incluindo estudos e análises de riscos, a fim de se prever e evitar danos ambientais já conhecidos.

3. Seguro Ambiental

Nada diferente na grande maioria dos seguros de danos, o seguro ambiental ou seguro para riscos ambientais é um instrumento jurídico-econômico voltado a fins sociais e, especificamente neste ramo de seguro, ambientais. Isso porque o seguro em si tem por objetivo promover o equilíbrio, continuidade e desenvolvimento da sociedade diante infortúnios que podem advir sobre seus agentes econômicos. Nesse caso, os danos ambientais.

Com base nos ensinamentos de Walter Polido (2015, p.21), o seguro se apresenta como a [...] melhor garantia de proteção criada pelo homem, até o momento visto que permite a manutenção e continuidade da atividade econômica, [...] minimizando as perdas e garantindo a estabilidade social.

O seguro ambiental surgiu em 1980 nos Estados Unidos, após alguns eventos de contaminação ganharem repercussão nacional⁵, e as seguradoras se verem obrigadas a pagar indenizações milionárias relacionadas a danos causados a terceiros por cenários de contaminação que não estavam inicialmente previstos nas apólices de seguro de responsabilidade civil (apólices destinadas a cobrir danos materiais e corporais causados a terceiros decorrentes da atividade empresarial) das empresas. Nesse contexto e diante dos fatos, um entendimento dúbia na redação da apólice (contrato de seguro) levou os tribunais a uma interpretação favorável à condenação dos poluidores, e consequentemente seus seguradores, em favor dos inúmeros terceiros afetados.

Com isso, a cobertura para os riscos ambientais sai de dentro das apólices de responsabilidade civil para ter atenção e análise dedicadas através de um produto específico e de profissionais especializados, em razão da sua complexidade.

Ao longo das décadas seguintes o mercado americano de seguros ambientais se desenvolve de maneira exponencial e, em 2004, o produto chega ao Brasil, através de uma única seguradora. E diante do fato de o mercado ter apenas um fornecedor, o seguro ambiental pouco se desenvolve em razão de os potenciais segurados (empresas potencialmente poluidoras) não terem opções para comparar se as coberturas são ou não adequadas, e se o preço é ou não justo.

⁵ Indica-se a leitura do artigo *The Love Canal Tragedy* elaborado por BECK, E. em 1979 em que um desses casos é relatado. Disponível em: <https://archive.epa.gov/epa/aboutepa/love-canal-tragedy.html>. Consulta em: 26 nov. 2020.

Em 2008, o mercado brasileiro vivencia a quebra do monopólio do ressegurador estatal, e com isso algumas seguradoras estrangeiras, que comercializavam o produto em suas casas matriz, puderam trazê-lo para o Brasil criando um mercado com mais opções e que, desde 2010, vem se desenvolvendo de maneira progressiva até os dias atuais.

Segundo Walter Polido (2019, p. 84), *o objetivo desse programa de seguro, todo especial, deve se concentrar na possibilidade de concessão de cobertura ampla ao conjunto de riscos ambientais e inerentes às atividades empresariais do segurado, através da contratação de uma única apólice.*

Por esta razão, tradicionalmente, um seguro ambiental conta com três pilares de coberturas em sua conformação básica:

- (i) o *primeiro* deles, destinado a cobrir o próprio segurado, na medida em que cobrirá principalmente os custos de remediação (aí usualmente compreendidos todos os custos necessários à implementação do gerenciamento de uma área contaminada) do seu *próprio local*, ou seja, local de sua propriedade ou local sob sua responsabilidade, consequentes de uma contaminação de solo, águas subterrâneas e outros meios atingidos;
- (ii) o *segundo*, destinado a cobrir os custos de remediação consequentes de uma contaminação de solo, águas subterrâneas e outros meios atingidos *fora do local* de propriedade ou sob responsabilidade do segurado, bem como os danos e/ou prejuízos causados a terceiros, sejam eles materiais (incluindo a perda de uso e consequente perda de valor de imóvel), corporais e morais, consequentes de uma poluição e/ou contaminação causada pela atividade potencialmente poluidora. Neste tópico, também estão abrangidos os custos de defesa judicial com que o Segurado terá que arcar, para se defender diante de reclamações desses terceiros afetados; e
- (iii) por fim, um *terceiro*, destinado a cobrir os danos a recursos naturais ou danos ecológicos *puros*, que usualmente estão relacionados às indenizações estabelecidas na esfera civil pelo Ministério Público (MP) ou por qualquer outra autoridade competente, no âmbito de proteção ao meio

ambiente e questões ambientais, representadas por um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou uma Ação Civil Pública (ACP).

Além delas, também é possível oferecer coberturas adicionais voltadas para a responsabilidade ou corresponsabilidade pelo transporte de produtos e resíduos; corresponsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada de resíduos; assim como, entre outras coberturas e produtos, os custos com as medidas necessárias para o gerenciamento de crise diante um evento que resulte em mídia adversa.

Quando do seu lançamento no Brasil, o seguro ambiental era caro. Além de onerado com exigências por parte da empresa potencialmente poluidora, tal como ter certificação ISO 14.001, havia ainda a exigência, por parte da seguradora, de realização prévia de uma inspeção, a qual era cobrada do potencial segurado. E muitas outras informações eram solicitadas à segurada, para uma análise extremamente criteriosa.

Atualmente o cenário está mais favorável e flexível à contratação de uma apólice da espécie. Com mais seguradoras operando no segmento, o preço do seguro (prêmio) se tornou mais acessível; as empresas potencialmente poluidoras necessitam basicamente demonstrar uma boa gestão ambiental das suas atividades; a inspeção ora é realizada antes, ora depois de efetivado o seguro, dependendo da complexidade do risco, com o custo assumido pela seguradora. E as seguradoras estão mais focadas nas informações mais relevantes, apesar de o risco ainda ser submetido a uma análise criteriosa para aceitação, que compreende: tamanho das plantas, produtos manuseados, existência de tanques de armazenamento, existência de contenção para os tanques e outras estruturas, histórico de eventos relacionados com o vazamento e liberação de poluentes e contaminantes, bem como incêndio, existência de passivo ambiental e ambiente regulatório diligente e eficiente, entre vários outros.

A contratação das apólices vem crescendo⁶ na medida em que as empresas potencialmente poluidoras comprehendem melhor a amplitude exigível de suas coberturas e se conscientizam de sua

⁶ Essa informação pode ser obtida junto a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/>.

necessidade. E nesse processo, cabe à seguradora demonstrar a efetividade do seguro como instrumento que subsidia essas empresas em atender os dois mecanismos abarcados pelo *Princípio do Poluidor-Pagador*.

4. A correlação entre o Seguro Ambiental e o Princípio do Poluidor-Pagador

O processo de contratação do seguro ambiental envolve, da parte da seguradora, uma análise criteriosa das informações enviadas pela empresa potencialmente poluidora, o que se assemelha a um processo de *due diligence*. Este processo sempre envolve uma visita *in loco*, feita por engenheiro especializado, da seguradora, para conhecer os detalhes da operação, bem como confrontar se as informações que estão nos documentos realmente se confirmam na prática do dia a dia da empresa, realizada antes do fechamento do seguro, quando possível. E, após cada visita, o engenheiro responsável colocará os resultados da inspeção em um relatório, que subsidiará o subscritor⁷ na definição dos termos e condições da apólice que será contratada.

Todavia, um dos resultados da inspeção, que a seguradora fará sem ônus para o futuro segurado, chama-se *loss control* ou controle de perdas. Seu objetivo é apresentar à empresa potencialmente poluidora recomendações de melhoria para potenciais riscos, identificados durante a inspeção, que ainda não estejam mapeados por ela ou que poderiam contar com uma medida de gerenciamento mais apropriada, que possa contribuir para a prevenção de futuras perdas e danos.

Dessa maneira, na medida em que uma empresa potencialmente poluidora contrata um seguro ambiental, ela está internalizando o custo da contratação da apólice de seguro que funcionará como mecanismo de prevenção, em valor muitíssimo inferior ao que despenderia com eventual reparação e/ou indenização de um dano ambiental, tendo como benefício eventuais recomendações por parte da seguradora quanto à gestão dos riscos ambientais de sua operação.

Já como mecanismo de reparação e/ou indenização, na medida em que o dano ambiental se manifesta (o que para a apólice de seguro se configura como *sinistro*), seja na forma de uma contaminação de solo e/ou água subterrânea, incluindo eventuais reclamações de terceiros

⁷ Profissional que analisa o risco e faz a tomada de decisão seletiva pelo risco aceitável segundo os critérios de aceitação da seguradora.

afetados por esta contaminação, ou até mesmo do dano ecológico *puro*, requerendo do poluidor o firmamento de um TAC junto ao MP ou tendo uma ACP ajuizada contra ele também pelo MP, em se tratando de um evento coberto pela apólice, a seguradora indenizará esses danos e/ou prejuízos até o limite de cobertura contratada. Em consequência, a indenização minimizará os impactos financeiros sobre a empresa poluidora que não necessitará desembolsar nada, exceto: a (i) franquia (participação obrigatória do segurado em um sinistro), os (ii) prejuízos consequentes de evento não coberto pela apólice, e os (iii) eventos cobertos cujos prejuízos superem o limite da apólice. Tudo somado, a cobertura do seguro garantirá a continuidade das atividades da empresa segurada beneficiando, igualmente, toda a coletividade.

5. Considerações Finais

O *Princípio do Poluidor-Pagador*, já consolidado no arcabouço do Direito Ambiental brasileiro, tem no seguro ambiental importante aliado para fazer valer seus mecanismos junto aos agentes econômicos com atividade potencialmente poluidora. Cada vez mais o seguro ambiental tem encontrado espaço no portfólio de apólices de seguros contratadas por essas empresas, embora ainda seja necessária uma conscientização do valor deste instrumento, cujo custo de internalização pela empresa reflete mais um investimento do que uma despesa adicional.

Através do processo de colocação do seguro ambiental, que se efetiva com emissão da apólice, é possível observar a *efetividade* deste importante instrumento na medida em que atende ao *Princípio do Poluidor-Pagador* na sua totalidade, pois funciona como mecanismo tanto de prevenção como de reparação e/ou indenização de danos ambientais, além de atender a interesse legítimo de proteção ao patrimônio do segurado preocupado com os riscos do seu negócio. O seguro contratado é também *efetivo* pelo fato de ter a capacidade de transformar a situação existente, agregando valor diante de *stakeholders* que exercem influência sobre a empresa potencialmente poluidora como os (i) bancos financiadores de sua operação, os (ii) investidores atentos às práticas ESG (*Environmental, Social and Governance*), entre outros temas das agendas corporativas globais.

Percebe-se, então, que o tema deve continuar sendo explorado e trabalhado a nível de conscientização devido à sua importância para a preservação de um equilíbrio social, econômico e ambiental, podendo-

se afirmar, sem dúvida, que o seguro ambiental tem tudo para ser percebido e recebido pelas empresas potencialmente poluidoras como um grande aliado do *Princípio do Poluidor-Pagador*, e consequentemente da minimização de seus riscos, controle de suas perdas e continuidade de seus negócios.

6. Bibliografia

ANTUNES, P. de B. *Direito ambiental: uma abordagem conceitual*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938/1981, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

POLIDO, W. A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: direito do consumidor*. São Paulo: Editora Roncarati, 2015.

Programa de seguros de riscos ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual. 4^a ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2019.

R

E

10
A

C

PARECER

Lei das ACPs

Luiz Rodrigues Wambier¹

A consulta

CNseg – Confederação Nacional das Seguradoras – e FenaSaúde – Federação Nacional de Saúde Suplementar – consultam-nos a respeito de questões jurídicas envolvendo o julgamento, pelo E. Supremo Tribunal Federal, do Tema n.º 1.075 (Recurso Extraordinário n.º 1.101.937), que fixará o entendimento a respeito da constitucionalidade do controverso art. 16 da Lei n.º 7.347/1985 (“Lei das ACPs”). Esse dispositivo prevê que as sentenças proferidas nesse tipo de demanda produzirão efeitos *erga omnes* dentro dos limites da competência do órgão prolator da decisão.

As Consulentes – CNseg, enquanto representante das empresas que operam seguros, previdência complementar aberta, capitalização e saúde suplementar, e FenaSaúde, na condição de entidade de representatividade nacional que congrega empresas que operam planos de assistência à saúde e seguro saúde – questionam a minha compreensão quanto à constitucionalidade da regra do art. 16, da Lei das ACPs. Na consulta formulada reportaram, também, os efeitos prejudiciais que decisão que modificasse o sentido literal dessa norma acarretaria a todos os seus afiliados.

De modo a responder satisfatoriamente à questão, faz-se necessária, em um primeiro momento, a delimitação do tema objeto da Repercussão Geral, de modo a entender a controvérsia jurídica objeto de julgamento. Visto isso, passa-se à elucidação das premissas teórico-conceituais que embasarão, no capítulo final, a conclusão – adiantando o arremate deste parecer – pela constitucionalidade do art. 16, da Lei das ACPs.

1. Breve histórico sobre o Art. 16, da Lei das ACPs

O núcleo essencial de análise deste estudo é o que estabelece o art. 16 da Lei n.º 7.347/1985 (“Lei das ACPs”) e sua possível colisão com a Constituição Federal. A regra contida no dispositivo em questão dispõe que as sentenças proferidas no bojo das ações civis públicas

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

produzirão efeitos *erga omnes* dentro dos limites da competência do órgão prolator da decisão².

A discussão é importante e não é nova. Houve inúmeras mudanças de entendimento na doutrina e, principalmente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, e conhecer o histórico legislativo é fundamental para compreender melhor a origem da confusão que se perpetua há bastante tempo.

A Lei das ACPs nasceu em 1985. Mas não foi com ela que surgiram, no ordenamento jurídico brasileiro, as primeiras normas a respeito de ações coletivas.

Desde a primeira metade do século passado já existiam, no nosso ordenamento jurídico, mecanismos de tutela coletiva envolvendo os atos lesivos ao patrimônio da União³.

O tema passa a ganhar maior corpo no direito brasileiro na década de 70 com a propagação dos chamados direitos de terceira geração. O surgimento desta nova figura jurídica inaugurou uma faixa de direitos que não se situava nem no campo do direito privado, amoldado de forma a abrir as relações jurídicas entre particulares, nem no do direito público, que trata das relações entre o Estado e seus súditos⁴.

² Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

³ Ricardo de Barros Leonel, no seu Manual do Processo Coletivo, bem desenvolve a evolução do processo. O processo coletivo brasileiro teve origem na Constituição de 1934, através da remodelação da já existente ação popular. Previa o art. 113, em seu item 38, a legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e do Município. O instituto, contudo, viria a ser suprimido na Constituição de 1937, retornando apenas na Carta de 1946, em dispositivo idêntico ao anteriormente previsto. Na sequência, em 1965, viria a ser regulamentada a Lei da Ação Popular (n.º 4.717/65), a partir do que viria a se tornar medida definitiva no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive alcançada a categoria de ação constitucional na atual Constituição (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49).

⁴ A discussão quanto à dicotomia entre os direitos privados e públicos em relação aos direitos coletivos teve origem na doutrina italiana, representada pelo autor Mauro Cappelletti. O entendimento dos processualistas italianos

Essa nova realidade causou verdadeira reviravolta na consciência jurídica e em como os sistemas processuais buscavam resolver a questão das soluções do direito para os conflitos de interesses. Em suma, surgiram dúvidas quanto à suficiência do modelo clássico de processo civil – ou seja, individualista –, em relação à nova figura dos direitos coletivos: como fazer para defender os direitos metaindividualis? Como absorver, nos sistemas processuais tradicionais, essa nova realidade?

Convencionou-se que, ao lado dos direitos individuais tradicionais, outros direitos, transcedentes àqueles, também existiam e precisavam de tutela estatal⁵.

Expressiva parcela da doutrina, nesse sentido, entendia que tais direitos configurariam situações merecedoras de proteção jurisdicional específica, ainda não assimiladas pelo sistema clássico de proteção aos direitos subjetivos.

Em outras palavras, o sistema processual, com os mecanismos da legitimação ordinária (ao titular do direito cabe sua defesa em juízo) e da legitimação extraordinária (defesa de interesse alheio em nome próprio), não continha elementos suficientes para responder satisfatoriamente a uma nova gama de direitos que paulatinamente foram sendo reconhecidos e incorporados ao acervo de bens susceptíveis de proteção, sendo necessário criar um outro sistema, capaz de conviver com o remanescente sistema tradicional, mas baseado em novas posturas metodológicas.

E foi a partir deste entendimento que o legislador brasileiro, entre a metade da década de 80 e o início da década de 90, criou mecanismos processuais específicos para a tutela coletiva.

foi fundamental para demonstrar, efetivamente, que existia uma categoria intermediária, na qual se poderiam incluir os direitos coletivos, isto é, direitos de grupos, vinculados a categorias de pessoas, unidas por interesses comuns, que transcendem à própria individualidade de cada membro do grupo (*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Rivista de Diritto Processuale, n. 3, 1975, p. 367).

⁵ Nesse sentido, importa mencionar que os direitos individuais homogêneos são um tipo de direito coletivo, em sentido lato, porque, assim como os direitos coletivos, também tem origem numa mesma situação jurídica. Mas a novidade está, quanto a eles, em se dar tratamento coletivo a direitos individuais. *Liquidão da Sentença Civil: individual e coletiva*, 5^a edição ver. e atual, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Foi com a Lei das ACPs em 1985 que as ações coletivas ganharam contornos de sistema, com premissas jurídicas e coerência interna própria. Além disso, foi com essa nova legislação que materialmente se possibilitou o avanço da proteção de interesses coletivos: para além do patrimônio público, passou a se permitir, enquanto causa de pedir a ser veiculada por meio de ACP, danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ou seja, estava sistematizada a proteção aos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos.

A Lei das ACPs dispôs, no seu artigo 16, sobre a eficácia da coisa julgada coletiva, tratando-a como *erga omnes* (com exceção das situações em que a coisa julgada se formasse *secundum eventum probationis*). Na sua redação original, a regra se limitava a dispor que “a sentença fará coisa julgada erga omnes”, sem prever, expressamente, alguma limitação territorial para a sua eficácia⁶.

Cinco anos depois, em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, o “CDC”), surge um novo sistema destinado à proteção dos direitos coletivos, adicionando à proteção já conferida pela Lei das ACPs aos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos a tutela da categorização recém-surgida dos *direitos individuais homogêneos*.

Ou seja, o CDC dividiu os direitos coletivos “*lato sensu*” em três grandes grupos: (i) os interesses ou direitos difusos⁷; (ii) os interesses ou direitos coletivos⁸; e (iii) os interesses ou direitos individuais homogêneos.

⁶ A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

⁸ II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Dessa maneira, enquanto a lei de 1985 veiculava a disciplina das até então duas vertentes admitidas de direitos coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), a nova legislação de 1990 ampliava o escopo de proteção da Lei das ACPs: suas regras seriam aplicáveis aos três direitos metaindividuals (direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, e direitos individuais homogêneos). Consolidou-se, com isso, o microssistema de ações coletivas. Em conjunto, a Constituição Federal, a Lei de Ação Popular, Lei das ACPs e o CDC passaram a estruturar a sistemática jurídica de proteção dos direitos coletivos *latu sensu*.

No que diz respeito ao regramento da eficácia da sentença coletiva, o CDC derrogou tacitamente o então art. 16, da Lei das ACPs, em razão da incompatibilidade do antigo dispositivo com a nova norma trazida no art. 103⁹, da Lei 8.078/1990. Foi por ele estabelecido novo regime jurídico para a coisa julgada da ação coletiva – mais complexo –, ora aplicável aos três tipos de direitos metaindividuals.

Pouco tempo depois, foi editada a Medida Provisória 2.180-34, de 27 de junho de 2001. Com uma técnica legislativa questionável, essa MP alterou a Lei 9.494/1997, inserindo o art. 2º-A em seu texto¹⁰. Este, por sua vez, alterou o art. 16 na Lei das ACPs (que já havia sido objeto de revogação tácita, como dito acima).

Foi nesse momento que o legislador ordinário decidiu limitar o alcance das sentenças proferidas nas ACPs: dispôs que a coisa julgada seria *erga omnes* e, ao mesmo tempo, limitou-a territorialmente (A

⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

¹⁰ Art. 4º- A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: (...)

Art. 2º- A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator).

Houve, nesse momento, uma clara escolha legislativa pela limitação territorial dos efeitos da sentença, revelada na exposição de motivos da Lei 9.494/97: *Tal proposta resolve uma conhecida deficiência do processo de ação civil pública que tem dado ensejo a inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se invistam de uma pretensa jurisdição nacional. A despeito das censuras já emitidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o mau uso da ação civil pública inclusive como instrumento de controle de constitucionalidade com eficácia contra todos, persistem algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças dos juízes de primeiro grau. Daí a necessidade de que se explice, de certa forma, o óbvio, isto é, que a decisão judicial proferida na ação civil pública tem eficácia nos limites da competência territorial do órgão judicial.*

Esse panorama legislativo, no entanto, deu início à confusão que posteriormente seria refletida na divergente doutrina e na oscilante jurisprudência sobre o tema: a eficácia da coisa julgada foi tratada no CDC de maneira ampla e total para as ações coletivas; já a Lei das ACPs – que só tratava de direitos difuso e coletivos *stricto sensu* pela via das ações civis públicas – continha um critério limitador (territorial) para a eficácia da coisa julgada coletiva.

2. A jurisprudência oscilante e a prévia análise da constitucionalidade do Art. 2º da Lei nº 9.494/1997, pelo STF: Tema 499

Nos tribunais, o primeiro embate relevante envolvendo a matéria se deu imediatamente após a vigência da Lei 9.494/1997. Em 1º de abril de 1997 o Partido Liberal Brasileiro ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.576 em face da Medida Provisória n.º 1.570/1997, questionando a constitucionalidade do artigo 2º-A, que, ao final, alterou a redação original do art. 16 da Lei n.º 7.347/1985.

Ainda que a referida ADI tenha sido julgada prejudicada em razão de falta de aditamento, importa consignar que o Plenário do E. STF, em sede cautelar, emitiu juízo de valor acerca da questão. Na ocasião, o Min. Relator Marco Aurélio de Mello proferiu voto pela constitucionalidade da nova redação do art. 16 da Lei das ACPs, o que foi ratificado pela maioria dos integrantes. Consignou-se que:

A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública.

Entendo que o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, juntia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário. Indefiro a liminar.

O tema voltaria a ser objeto de análise em 2006, desta vez no âmbito do E. STJ, no julgamento dos embargos de divergência n.º 293.407/SP. Na ocasião, o Il. Relator, Ministro João Otávio de Noronha reconheceu a interpretação literal do art. 16 da Lei das ACPs e, por conseguinte, a eficácia restrita da sentença aos limites territoriais do órgão prolator da decisão¹¹.

Anos depois, em dezembro de 2011, a Corte Especial do E. STJ sinalizou mudança de entendimento sobre o tema, o que se deu no julgamento do Recurso Especial n.º 1.243.887/PR. O tema ali discutido não era, especificamente, a aplicabilidade do art. 16, da Lei das ACPs, mas a disciplina da liquidação das sentenças coletivas proferidas¹².

¹¹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISSENSO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arrestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento. 2. Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator. 3. Embargos de divergência não-conhecidos. (STJ, Embargos de Divergência em REsp 293.407/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 01/08/2006).

¹² Consta do acórdão: 1.1. *A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas*

Foi nesse julgamento que o novo posicionamento sobre a interpretação do art. 16 foi veiculado. O relator, Il. Ministro Luis Felipe Salomão, sustentou que o microssistema próprio do processo coletivo formado pelo CDC e pela Lei das ACPs autorizaria uma nova leitura do dispositivo, com o objetivo de afastar a limitação territorial lá consignada. Com isso, seria possível atribuir à sentença coletiva uma eficácia célere e uniforme em atenção à extensão dos interesses metaindividuais. Nesse sentido:

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas qualidade que a ela se agraga de modo a torná-la “imutável e indiscutível¹³. (grifou-se)

Já no E. STF, em 2010, o tema *extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva* foi objeto do RE 612.043/PR (Tema 499 do STF), no qual a Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná (ASSERJUSPAR) aduziu inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei n.º 9.494/1997.

A discussão de fundo no caso concreto envolvia a necessidade de os beneficiários da sentença coletiva deterem, para assim serem considerados, a condição de serem filiados e constarem da lista apresentada com a peça inicial. Era premissa que fossem residentes no território do órgão julgador da sentença.

Referido recurso teve como origem o v. acórdão proferido pelo E. TRF-4, no qual se decidiu que *em se tratando de ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil, os efeitos da coisa julgada em relação aos substituídos são regulados pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, que dispõe que os efeitos da coisa julgada abrangem unicamente os substituídos que, na data da propositura da ação, tivessem domicílio no âmbito da competência*

aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

¹³ STJ, Recurso Especial n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 12/12/2011.

territorial do órgão prolator. De todo necessário, portanto, instruir-se a inicial de execução de sentença com a documentação comprobatória de filiação do associado até a data da propositura da ação.

Sustentou a associação representativa que restringir a abrangência dos efeitos da coisa julgada unicamente aos servidores associados até o momento do ajuizamento da ação coletiva implicaria desrespeito aos princípios da razoabilidade e do Estado Democrático de Direito, bem assim ao instituto da representação processual. Ainda, que o art. 2º da Lei n.º 9.494/1997 encontraria incompatibilidade com o § 2º do art. 109 da CF/88.

O E. STF, contudo, desproveu o Recurso Extraordinário interposto, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 e fixando a seguinte tese: *A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura de demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.*

Portanto, o tema, já foi objeto de análise pelo E. STF, ainda que em caso concreto que não exclusivamente questionava a constitucionalidade do art. 16, da Lei das ACPs. Ainda assim, enfrentou-se o tema e decidiu-se, por maioria, pela constitucionalidade do dispositivo.

Essas idas e vindas de entendimento jurisprudencial a respeito do art. 16, da Lei das ACPs, correram por todos os tribunais do país. Nos Tribunais Superiores, como se viu pouco antes, não havia posicionamento pacificado. No E. STJ, mais especificamente, na última oportunidade de enfrentamento do tema a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo. É o que deu causa ao Tema n.º 1.075 perante o E. STF, ora objeto da nossa análise.

3. Enfim, o Tema n.º 1.075, do STF

O tema chegou novamente ao STF, agora pela via de dois Recursos Extraordinários, autuados sob n. 1.101.937, de relatoria do Eminente Min. Alexandre de Moraes, interpostos contra acórdão proferido em Recurso Especial pelo E. STJ. Esse Recurso Especial – n. 1.134.957 –, envolve caso concreto em que se questionou a correta interpretação do art. 16, da Lei das ACPs, no que diz respeito à possibilidade da limitação territorial da eficácia subjetiva da sentença.

Na origem do Recurso Especial n. 1.134.957 está a ação civil pública proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“IDEC”) em face de diversas instituições financeiras. A pretensão veiculada pelo IDEC foi a declaração de nulidade de cláusulas em contratos de financiamento habitacional que permitiam aos bancos, com fulcro no Decreto-Lei n.º 70/1966, ingressar com execução extrajudicial em relação ao imóvel do devedor inadimplente.

Houve a concessão parcial da tutela de urgência pelo d. Juízo *a quo*, seguido da interposição de agravo de instrumento perante o E. TRF-3 por parte das instituições financeiras. Decidiu o Tribunal dar provimento ao recurso e revogar a liminar concedida. Não obstante o acórdão favorável às instituições financeiras, entendeu o E. TRF-3 que *os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva de origem deveriam se estender para além do espaço físico abrangido pela competência territorial do respectivo órgão prolator.*

Em sede de Recurso Especial (n. 1.134.957), as instituições financeiras obtiveram o parcial provimento dos seus pleitos. A E. 3^a Turma do E. STJ reconheceu, em acórdão de relatoria da Min. Nancy Andrighi no subsequente Agravo Regimental, *que a em sede de ação civil pública, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, consobrante o art. 16 da Lei n.º 7.347/85, alterado pela Lei n.º 9.494/97.*

Foram, então, opostos Embargos de Divergência pelo IDEC. O julgamento deu-se perante a C. Corte Especial do E. STJ, que consolidou o entendimento anteriormente adotado pelo Il. Min. Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1.243.887/PR.

Enquanto fundamento do *decisum*, o acórdão entendeu pela inaplicabilidade literal do art. 16, da Lei das ACPs, por ser *indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante*¹⁴. Ainda, consignou que o acórdão objeto dos Embargos de Divergência *diverge da orientação fixada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual deve ser reformado.*

¹⁴ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL

Contra esse acórdão foram opostos Embargos de Declaração pelas instituições bancárias, sustentando que o E. STJ havia promovido uma *declaração tácita de inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública*. Os recursos não foram acolhidos, sob o fundamento de que *não se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, nem se afastou a sua aplicação. Afastou-se sim o entendimento de que a limitação territorial aplica-se a todas as ações civis públicas.*

Em face desse acórdão as instituições financeiras interpuseram Recursos Extraordinários.

Importante registrar o objeto dos recursos interpostos. O Recurso Extraordinário do Banco Itaú foi interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional¹⁵ e, ao final, pugnou-se que, *diante do reconhecimento da violação ao art. 97 da Constituição, seja cassado o acórdão recorrido, devolvendo-se o processo para nova apreciação do Superior Tribunal de Justiça, ou seja reformado para que, em vista da violação aos arts. 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV, e 22, inciso I, da Constituição, reafirmando-se a constitucionalidade plena do art. 16 da LACP (STF, ADI nº 1.576), reconheça-se a validade do dispositivo legal, no sentido de que a eficácia subjetiva da sentença coletiva é restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.*

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. 2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85. (STJ, Embargos de Divergência em REsp n.º 1.134.957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 30/11/2016).

¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Já quanto ao Recurso Extraordinário interposto por um pool de outras instituições financeiras, a insurgência foi baseada nas alíneas “a” e “b” do art. 102, III, da Constituição Federal. Ao final, requereu-se o reconhecimento da *violação ao artigo 22, inciso I e 97 da Constituição Federal, considerando-se a não observância ao verbete da Súmula Vinculante nº 10 e precedente oriundo da Suprema Corte Constitucional (ADI nº 1.576), o qual reconheceu a constitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7347/85, alterado pela Lei nº 9494/97, ainda, o tema de repercussão geral nº. 499, que reconheceu a constitucionalidade do art. 2-A da Lei 9494/97, a fim de declarar-se a validade das decisões prolatadas em sede de ações civis públicas para os limites de competência do órgão prolator.*

Após entendimento do E. STF no sentido de que o art. 97, da Constituição Federal, foi respeitado pelo E. STJ, o Il. Ministro Relator entendeu pela afetação da matéria pela via da repercussão geral.

Assim, em fevereiro de 2020, o Plenário do E. STF, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral do caso, no Tema n.º 1.075: *Constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, segundo o qual a sentença na ação civil pública fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator.*

O caso subjacente ao julgamento, portanto, contém alegação de violação à norma de reserva de plenário e a Súmula Vinculante n. 10, diante do entendimento de que ao afastar completamente a aplicação do art. 16 da Lei das ACPs no processo julgado, o E. STJ fez-se letra morta lei vigente, o que somente poderia ocorrer por meio da declaração de inconstitucionalidade.

A questão não foi posta, nos autos, sob a perspectiva de eventual colisão do art. 16 com outros dispositivos constitucionais, embora seja exata e precisamente nesse ponto que os debates ocorram no plano doutrinário.

Feita, portanto, a necessária delimitação da controvérsia na forma apresentada ao E. STF, passo à análise das razões pelas quais, em minha compreensão, o art. 16 da Lei das ACPs é absolutamente harmônico com a Constituição Federal.

4. Premissas teóricas deste Estudo

Polêmico que é, muito já se escreveu sobre o art. 16, da Lei das ACPs. Decisões judiciais também são encontradas em todos os sentidos possíveis – ora pela sua aplicabilidade, ora por sua inaplicabilidade, ora fundamentando sua inconstitucionalidade, ora trazendo a discussão

para o conflito de normas infraconstitucionais (mais especificamente, o CDC).

O que se percebe é que, até mesmo em razão da confusão conceitual do texto legal, a discussão travada em geral envolve digressões sobre jurisdição e competência – quando esses institutos em nada são questionáveis no que diz respeito ao art. 16, da Lei das ACPs. O ponto efetivamente importante, aqui, é a adequada compreensão sobre os limites subjetivos da coisa julgada – ou quem foi (será) atingido pela sentença proferida nas ações civis públicas.

Antes de avançar no tema, portanto, faz-se necessário bem alinhar as premissas jurídicas que fundamentam a conclusão deste estudo.

4.1. Jurisdição e Competência

Uma vez que o texto do art. 16, da Lei das ACPs, fala em *competência territorial* do órgão jurisdicional como critério para uma *limitação* dos efeitos da coisa julgada, há muitos que compreendem que a falha técnica do texto legal está em ter-se confundido esse instituto com *jurisdição*.

Daí porque ora tecem-se alguns breves apontamentos acerca dos institutos da jurisdição e da competência.

Para Pontes de Miranda, jurisdição é *a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica*¹⁶. Ainda, é *função do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça*¹⁷.

Há fundamental componente de soberania estatal na jurisdição – pressuposto esse de onde parte Chiovenda –, que permite o exercício dessa função do Estado. Para além da função de *produzir* o direito, a soberania estatal também fundamenta a atuação do direito produzido. Esse atuar é realizado pelo administrador e pelo juiz, apesar de se tratar de atuações distintas – especialmente pelo caráter secundário da atividade do juiz (ou seja, a jurisdição)¹⁸.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, vol. 1. Pg. 250.

¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrino, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 147.

¹⁸ (...) em outros termos, o juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de

Portanto, jurisdição é, assim, de modo geral, o poder-dever do Estado conferido aos órgãos do Poder Judiciário de aplicar a lei no julgamento de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Como função estatal, assume característica de unicidade. Ou seja, cumpre ao Estado – soberano que é –, decidir, através do Poder Judiciário, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direitos individuais e coletivos¹⁹.

A jurisdição, contudo, em que pese una, tem o seu exercício distribuído aos vários órgãos que integram o Poder Judiciário no âmbito estadual e federal. Em outras palavras, há um regime de distribuição responsável por delimitar o exercício da jurisdição a diferentes órgãos, segundo critérios de hierarquia e natureza da lide²⁰. Essa repartição do poder-dever estatal configura o conceito de competência.

Competência, neste modo, nada mais é do que *a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional*²¹. Atribuições essas que se encontram devidamente repartidas através de normas constitucionais, infraconstitucionais (processuais) e locais (regimentos internos e códigos de organização judiciária).

A competência, assim, limita o exercício da jurisdição a partir de critérios específicos determinados pela lei, os quais se reportam aos princípios fundamentais inerentes ao regular funcionamento do sistema jurídico-processual.

sua própria conduta. E ainda, a administração é uma atividade primária ou originária; a jurisdição é uma atividade secundária ou coordenada (Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 12).

¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

²⁰ Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, *Não obstante se considere una a jurisdição, no sentido que acaba de ser exposto, internamente subdivide-se ela em inúmeras espécies, seja em razão da hierarquia recursal, seja em atenção à natureza da lide.* (*Curso de Processo Civil*. Volume I. 6.a edição revista e atualizada com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. p. 51).

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 57. ed. Forense: 2016. p. 192.

4.2. Efeitos da coisa julgada (e o cuidado para compreender-se a eficácia da sentença)

Diretamente vinculado aos conceitos de jurisdição e competência está o instituto da coisa julgada. A multiplicidade de opiniões divergentes em relação ao tema em análise se explica, em grande parte, pela dificuldade da doutrina em definir conceitos precisos sobre seus efeitos – o que se torna ainda mais complexo em sede de tutela coletiva.

No sistema processual ordinário, a definição legal de coisa julgada está no art. 502 do CPC/2015: *Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

A coisa julgada, de modo geral, não se confunde nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste; assimila-se, antes, à situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado.

O trânsito em julgado da ação – ou seja, a impossibilidade de questionar os seus termos através dos recursos cabíveis –, é a causa do efeito de tornar imutável e indiscutível o conteúdo da sentença proferida em determinada lide em relação ao pedido e a causa de pedir nela formulada. Nesse momento, a sentença adquire autoridade que – esta sim – se traduz na resistência a subsequentes tentativas de modificação do seu conteúdo²². Essa qualidade define o instituto da coisa julgada.

Perceba-se: a coisa julgada é qualidade que torna imutável o comando proferido na sentença, encerrando o exercício da jurisdição estatal em relação ao específico conflito de interesses objeto da decisão e estabilizando o resultado desse exercício.

Definição precisa, nesse sentido, é a proposta por aquele que certamente é o Professor de todos nós, Barbosa Moreira: a coisa julgada é instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado²³.

²² MOREIRA, Barbosa. Ibid. p. 6.

²³ MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. p. 2. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5164729/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BAR-BOSA%20MOREIRA.pdf.

Ela se origina quando a *sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – e, porque imutável, faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar*²⁴.

Entender a coisa julgada é, portanto, compreender o atributo conferido à sentença quanto à sua imutabilidade, nos termos acima. É *res indicata*. Já entender a eficácia da coisa julgada – ou daquilo que ela protege com força constitucional: a autoridade da sentença imutável – é compreender em relação ao que e a quem a autoridade dessa sentença (que passou a ser imutável) gera efeitos. É dizer: quem está (e não está) a ela subordinado e em que limites a aura da imutabilidade e da indiscutibilidade se coloca.

Tive a oportunidade de tratar do tema em conjunto com Eduardo Talamini. Entendo que *A coisa julgada e os efeitos da sentença são fenômenos distintos. A sentença é apta a produzir todos os seus efeitos principais, inclusive o declaratório, mesmo antes de transitar em julgado (...) A coisa julgada é um plus em relação aos efeitos principais da sentença. É uma qualidade que a lei adiciona à sentença, no sentido de torná-la imutável*²⁵.

Dito isso, a coisa julgada definida no sistema geral do CPC/2015 prevê limites objetivos e subjetivos à sentença irrecorrível.

Esses limites são fixados, inicialmente, na petição inicial, não existindo a possibilidade de alargamento após a estabilização da demanda.

Na acepção objetiva, a coisa julgada vigora nos limites do pedido e da causa de pedir – que, conjugados, constituem o objeto do processo, nos termos do art. 337, §1º, 2º e 4º do CPC/2015²⁶. Modificando-se qualquer desses dois elementos, tem-se nova ação, sobre a qual o exercício pleno da jurisdição não é obstado pela anterior coisa julgada.

²⁴ Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, Temas de direito processual – 3.^a série, p. 107.

²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 793.

²⁶ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. (...) § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

No âmbito da limitação subjetiva, a coisa julgada tem o seu alcance restrito às partes do processo em que ela se estabeleceu, consoante dispõe o art. 506 do CPC/2015²⁷. Ou seja, opera-se *inter partes*.

Já o microssistema de ações coletivas disciplina de maneira diferente esse limite subjetivo, possibilitando que a eficácia seja *ultra partes* ou *erga omnes* – ou seja, ultrapasse as partes do processo judicial sempre que isso significar benefício a terceiros. E não poderia ser diferente: é da essência das ações coletivas esse alcance subjetivo absolutamente amplo da eficácia das sentenças irrecorríveis nelas proferidas.

Esse regime jurídico está previsto expressamente no art. 103, do CDC, e se aplica extensivamente às demais ações coletivas por força do disposto no art. 117 do mesmo diploma²⁸, tudo em proteção às pretensões coletivas *lato sensu*.

A eficácia subjetiva da coisa julgada, desse modo, depende da modalidade do direito coletivo envolvido em cada caso, nos termos dos incisos I, II e III do art. 103 do CDC.

Na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81, ou seja, quando a causa envolver direitos difusos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Nos casos previstos no inciso II do parágrafo único do art. 81, direitos coletivos, a sentença fará coisa julgada *ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior*.

Por fim, quando a situação envolver direitos individuais homogêneos (inciso III do parágrafo único do art. 81), a sentença também fará coisa julgada *erga omnes*, mas *apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*.

²⁷ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

²⁸ Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Com base nos dispositivos acima, observa-se que o alcance subjetivo da imutabilidade do *decisum* na coisa julgada coletiva em relação a terceiros é eventual: é sempre dependente do julgamento do pedido de tutela coletiva dos direitos no plano daqueles que não participaram do processo como partes ou litisconsortes. Tratando-se de resultado favorável ao consumidor (ou aos equiparados pela lei), estará definitivamente obstado o caminho para a discussão daquilo que já se tenha decidido²⁹.

Segundo essas regras, a sentença de procedência fará coisa julgada *ultra partes*, isto é, além daqueles que estão imediatamente vinculados ao pedido formulado em juízo, só se for para beneficiá-los, mas sem atingir indiscriminadamente todos os integrantes da comunidade (o que se dá na coisa julgada *erga omnes*). Sua eficácia impede nova discussão daquele objeto litigioso aos integrantes do grupo, categoria ou classe a que digam respeito tais direitos coletivos, até porque esses, beneficiados, não teriam interesse em fazê-lo.

O CDC limitou, assim, a extensão subjetiva da coisa julgada no caso de procedência da ação, a terceiros, de modo a caracterizar, sem margem para dúvidas, que *o interesse defendido na ação coletiva é restrito ao grupo, não se confundindo com o interesse difuso que se espalha para toda a coletividade*³⁰.

Dito isso, a limitação do art. 16, da Lei das ACPs, coexiste com a limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada definida pelo CDC. Dado o critério de especialidade, trata-se de diferentes regramentos jurídicos para a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, cada qual aplicável a uma determinada situação: o art. 16, da Lei das ACPs, aplica-se para as sentenças coletivas proferidas em ações civis públicas; o art. 103, do CDC, e incisos, aplicam-se, conforme o caso, para os demais tipos de ações coletivas.

E, como visto, o art. 16, da Lei das ACPs, impõe maior limitação ao alcance da sentença irrecorrível: a despeito de ser *erga omnes*, restringe seu aspecto subjetivo aos beneficiários de determinada área (estabelecida de acordo com a competência territorial do órgão prolator). **Há, portanto, um alcance amplo da sentença, para todos, mas não ilimitadamente.**

²⁹ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Código do Consumidor e processo civil*, cit., RT 671/36.

³⁰ Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC*, cit., RDC 14/102.

4.3. Desmistificando o sofisma entre o Art. 16, da Lei das ACPs, e jurisdição, competência, coisa julgada e efeito da sentença irrecorribel

De tudo o que foi exposto até aqui, fica claro que tratar de jurisdição, competência, coisa julgada e eficácia da sentença como se fossem todos conceitos jurídicos afetados pelo art. 16, da Lei das ACPs, é falho.

Não há como se compreender que, em relação ao art. 16, da Lei das ACPs, exista um problema conceitual de alcance da jurisdição. A jurisdição não foi ceifada, sequer parcialmente, por esse dispositivo legal, de maneira que a validade de sentença proferida por qualquer juiz é inconteste por todo o país (reforce-se: validade, e não eficácia).

E o art. 16, da Lei das ACPs, nada muda em relação a isso. A função jurisdicional continuará, com ou sem esse dispositivo, sendo plenamente exercida, de qualquer lugar, pelo juiz. Ela não é modificada pela limitação subjetiva da coisa julgada promovida pelo art. 16, da Lei das ACPs, permanecendo una e exercível em todo o território nacional.

Daí que, com todo respeito àqueles que comprehendem de modo diferente, não é a questão jurisdicional ou afeta à competência do juiz que importa para a análise sobre quem será, ou não, atingido pela sentença. Não é a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição que deve ser problematizada.

A eficácia subjetiva da coisa julgada, conceitualmente, não se limita por outro critério que não seja em relação a *quem* a sentença é vinculativa e, protegida pela coisa julgada, exerce sua autoridade. É dizer: não há como se limitar a coisa julgada a um *território*. Limita-se aos indivíduos que podem ser por ela atingidos – os seus beneficiários. **Aqui sim, o alcance subjetivo pode ser limitado por algum critério (inclusive o critério do território onde esses sujeitos estão).**

No caso do art. 16, da Lei das ACPs, a definição do território onde esses beneficiários estão foi determinada como sendo igual ao território de competência do juiz. É, apenas, um critério.

Ora, compreender adequadamente o problema colocado – e não criar espantalhos para tirar a atenção daquilo que realmente merece ser objeto de questionamento e análise – é fundamental para solucioná-lo.

5. O Art. 16, da Lei das ACPs não afronta, sob qualquer perspectiva, a Constituição Federal. Os óbices que se colocam à sua plena vigência são de outra ordem e dizem respeito à adequada funcionalidade do sistema

A lógica do legislador para a inserção de um limitador territorial à eficácia subjetiva da coisa julgada foi, de um lado, buscar proteger o princípio do juiz natural, evitando-se fosse violado pela livre escolha de eventual órgão jurisdicional que, de antemão, o legitimado ativo soubesse ter maior aderência à pretensão submetida ao Poder Judiciário e, de outro, compatibilizar essa regra com o disposto no art. 92 § 2º, da CF que, ao dispor sobre os órgãos do Poder Judiciário, explicita que somente o STF e os Tribunais Superiores exercem jurisdição no âmbito nacional.

Os defensores da inconstitucionalidade do dispositivo – dentre eles a Procuradoria Geral da República – sustentam que a limitação da eficácia da coisa julgada pelo critério territorial ofende a garantia da coisa julgada, a eficácia da ação civil pública como previsão constitucional, confere tratamento anti-isônômico aos jurisdicionados, e limita o amplo acesso à Justiça e a universalidade da jurisdição. Essas seriam, em síntese, as normas constitucionais feridas pelo art. 16 da Lei das ACPs e refletem algumas vozes no plano da doutrina.

Há quem compreenda existir equívoco na técnica legislativa, que confunde competência como critério legislativo para repartição da jurisdição, com coisa julgada e a imperatividade decorrente da unidade da jurisdição³¹. Sobre este ponto específico, já ponderei acima as razões pelas quais comprehendo que essa dificuldade é inexistente e não reflete a real proalemática do assunto.

Também há quem compreenda que o art. 103 do CDC, que prevê a eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva, impede a interpretação que confere limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública, conforme disposto no art. 16 da Lei das ACPs³².

³¹ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que (...) não se trata de limitação da coisa julgada, mas de eficácia da sentença, ferindo a disposição processual de que a jurisdição é uma em todo o território nacional e contrária à essência do processo coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se a fragmentação das demandas.

³² Camilo Zufelato afirma que embora ambos versem sobre o mesmo assunto, o tratamento mais amplo e mais recente fora dado pelo art. 103

Ainda, questiona-se o fato de a norma permitir o ajuizamento simultâneo de tantas ACPs quantas sejam as unidades territoriais em que se divide a respectiva jurisdição, ainda que idênticas. Por isso, ela violaria princípios como economia processual, segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional coletiva³³.

A coisa julgada, como vimos em item precedente, é a qualidade que se agrega à sentença irrecorrível, de modo que o seu conteúdo se torna imutável, ou pelo menos, razoavelmente estável³⁴. Limitar o espaço territorial para definir-se os beneficiários não retira da decisão seu caráter de imutabilidade para todos aqueles que serão vinculados à decisão. É critério que obedece a normas concernentes à competência territorial e fixa limites subjetivos para a coisa julgada.

O que o art. 16, da Lei das ACPs faz, repita-se, é: a despeito de serem *erga omnes* os efeitos da sentença irrecorrível, restringe seu aspecto subjetivo aos beneficiários de determinada área (estabelecida de acordo com a competência territorial do órgão prolator).

Referida limitação, em que pese possa ocasionar a redução da eficácia da sentença coletiva, não é capaz de suprimir a prestação jurisdicional relativa aos direitos metaindividuais. A defesa da tutela coletiva é realizada ativamente por uma vasta lista de legitimados³⁵- que assim foram eleitos pelo legislador para que, pela via da representação

do CDC, o qual, portanto, é que regula o tema da coisa julgada nas demandas coletivas. Isso porque se está claramente diante de um conflito normativo entre normas de mesmo status legal, de modo que a última e mais completa acaba por derrogar a mais antiga e incompleta.

³³ Ada Pellegrini Grinover sustenta que a limitação da abrangência da coisa julgada nas ações coletivas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los. Em seu sentir, essa regra favorece a proliferação de processos, com a natural sobrecarga que esse movimento cria nos Tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente.

³⁴ WAMBIER Tereza Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre as Ações coletivas no Brasil – Presente e Futuro in ASSIS*, Araken de (org). Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Tesheimer 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 609.

³⁵ Artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor: *o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados*

ou da substituição processual, fossem representativos o suficiente para adequadamente cobrir a proteção dos interesses coletivos por todo o território nacional por meio da propositura de demandas.

A proteção constitucional da coisa julgada, nesse sentido, não alcança o patamar absoluto de impedir que os efeitos da decisão imutável (coisa distinta) sejam restritos à competência do órgão prolator. A imutabilidade da decisão não mais sujeita a recurso, que é o núcleo essencial da norma constitucional e a razão de ser da garantia, continua intocada. Essa é, rigorosamente, a conformação processual do instituto.

Superada a suposta violação à coisa julgada, os demais argumentos voltam-se para um possível efeito da aplicação do art. 16 (e não, perceba-se, violação direta à Constituição Federal): a possibilidade de existirem decisões contraditórias com a multiplicidade de ações coletivas em tantos territórios quanto o dano repercuta e existam diferentes órgãos com competência.

A primeira questão que se põe é a possível existência de decisões contraditórias como um efeito indesejado, mas admitido, com o qual o sistema legal e processual lida há anos e, nesse sentido, desenvolve mecanismos de aperfeiçoamento.

Acaso o art. 16 da Lei das ACPs fosse considerado inconstitucional e se admitisse, então, que a eficácia subjetiva das sentenças coletivas seria *erga omnes* em todo o território nacional, isso não impediria, ainda assim, a existência de multiplicidade de ações em diversos estados da federação; de litispendência entre elas e decisões eventualmente contraditórias.

Diante da dificuldade ainda presente, sistêmica, de o Poder Judiciário controlar a existência de ações civis públicas nos diversos estados, com seus respectivos objetos e partes atingidas, a possibilidade de litispendência entre ações continua sendo relevante problema que não seria solucionado com a extirpação, indevida, do art. 16 do ordenamento jurídico.

Para além disso, vários caminhos são possíveis nesse ambiente para solucionar efeitos indesejados de incongruências do sistema. Caminhos que passam por soluções de lege ferenda e, não, de desrespeito à legislação vigente.

à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. Inclua-se no rol, também, a Defensoria Pública.

O assunto pode ser solucionado por melhores definições legislativas para sanar deturpações do microssistema de ações coletivas envolvendo a multiplicidade de demandas. Aqui, um melhor desenho legislativo que defina adequadamente competência, legitimidade e alcance da coisa julgada, auxiliado por medidas administrativas pertinentes junto aos tribunais, poderá suprir eventuais dificuldades que onerem a desejada eficiência do sistema.

Ou seja, risco da existência de decisões contraditórias, em diferentes comarcas, tratando da mesma questão de direito, não basta para qualificar a restrição de constitucional e, como dito, pode ocorrer com a regra da eficácia territorial ou nacional. Se é certo que é indesejável coexistirem decisões diferentes para casos idênticos, também é certo que o nosso sistema tolera este fenômeno, seja através das medidas processuais tradicionais, ou, principalmente, pelo microssistema de recursos repetitivos.

É interessante notar que nunca ninguém afirmou que o fato de a coisa julgada ser limitada a operar efeito entre as partes, no processo civil tradicional, seria constitucional, apesar do risco de haver situações idênticas resolvidas de maneira contraditória. Há, da mesma forma, limitação aos efeitos dos decisum proferidos no âmbito das ações individuais, o que, contradicoratoriamente, jamais foi questionado. O mesmo se dá em relação às sentenças irrecorríveis de eficácia ultra partes.

Para essas circunstâncias, o sistema processual civil brasileiro conta com o microssistema de julgamento de casos repetitivos, que permite o amplo e qualificado debate e possui plena aplicabilidade no plano da tutela coletiva de direitos. Segundo dispõe o art. 982, II, do CPC, admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o relator determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. Da mesma forma, uma vez julgado o incidente, a tese fixada é aplicada a todos os processos versando a mesma questão jurídica, sejam eles individuais ou coletivos (art. 985, I). A mesma orientação se aplica no âmbito nacional, em relação à repercussão geral e aos recursos repetitivos (arts. 1.035, §5.º, e 1.036, § 1.º, respectivamente).

Ora, à luz dos novos institutos de uniformização de jurisprudência – consolidados, especialmente, pelo CPC/15 – não há espaço para se compreender que apenas a eficácia nacional da sentença coletiva asseguraria o princípio constitucional da isonomia e, até mesmo, da celeridade na prestação jurisdicional. É, ainda, notório o fortalecimento dos precedentes judiciais assegurar uniformidade nos julgados.

E, bem por isso, não há como se compreender que o art. 16, da Lei das ACPs, poderia ferir o princípio da isonomia entre os jurisdicionados.

As escolhas legislativas positivadas no texto legal emanam de um processo democrático, previsto e resguardado pela Constituição, de tal forma que não podem ser suprimidas pelo descontentamento com as regras ali postas ou por quaisquer outras ordens de razões.

É evidente que a possibilidade de virem a existir decisões conflitantes em diferentes estados e de pessoas serem beneficiadas, ou não, por tais decisões, por razões circunstanciais, não parece adequada. Mas, para isso, como já indicado, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um microssistema de formação de precedentes vinculantes, voltado justamente a coibir a prolação de decisões conflitantes para as mesmas questões de direito.

A indesejabilidade do fenômeno que possa decorrer da norma não lhe retira a constitucionalidade, especialmente quando o sistema legal o admite e desfruta de outros mecanismos capazes de lhe conferir o adequado tratamento, e que não desprestigiam nem enfraquecem o processo legislativo democrático.

Do mesmo modo que houve escolha político-legislativa quanto aos legitimados ativos no microssistema de ações coletivas, esse mesmo legislador poderia – como assim o fez – limitar os efeitos da coisa julgada, nas ações coletivas que dizem respeito a direitos difusos e individuais homogêneos, a um determinado espaço territorial.

Fosse, portanto, um problema de supressão de eficácia das ações civis públicas (enquanto mecanismo de defesa dos direitos coletivos), ou de acesso ao judiciário, ou até mesmo de isonomia entre os jurisdicionados, não faria sentido que a lei limitasse o rol de legitimados ativos para esse tipo de demanda. Ora, quanto mais legitimados, maior acesso à justiça; maior a probabilidade de mais

ações civis públicas e correspondente eficácia; mais jurisdicionados serão contemplados com decisões benéficas e mais eficaz será a universalidade da jurisdição.

Mas não é essa a lógica do sistema. Ninguém ousa dizer que a limitação, por lei, dos sujeitos ativos para as ações coletivas é constitucional por restringir a possibilidade de defesa de direitos metaindividuals (e, portanto, ofender direitos e garantias constitucionais). Ao contrário: essa limitação faz sentido dentro da coerência lógica do sistema – afeta à representatividade dos legitimados ativos para defender direito alheio. E a tarefa de imprimir essa coerência ao sistema destinada à sua maior funcionalidade é desenhada artesanalmente pelo legislador infraconstitucional.

Nessa mesma linha, não vejo como o legislador do art. 16, da Lei das ACPs, teria ofendido a Constituição Federal ou reduzido a jurisdição. Essa confusão conceitual já foi tratada acima, mas repito: a abrangência subjetiva dos efeitos da coisa julgada em função de critério territorial extraído da competência do juízo não tem qualquer correlação com supressão à jurisdição nacional ou ao seu acesso universal.

O disposto no art. 16 da Lei das ACPs não viola, portanto, a Constituição Federal. A problemática trazida por esse artigo, em verdade, sequer se resolve nesse âmbito. O legislador não só atuou dentro dos limites constitucionais, elegendo critério possível para que o adequado alcance subjetivo da coisa julgada não se transformasse em violação ao juiz natural.

Não há espaço para retrocessos no que diz respeito à tutela dos direitos coletivos. A defesa dos interesses que, de forma individualizada, não chegariam ao Poder Judiciário é conquista indelével.

Não por outra razão – e com vistas a otimizar o sistema – há, hoje, no âmbito do Poder Legislativo, projetos de lei que buscam refinar e melhor consolidar o sistema de defesa desses direitos, debruçando-se sobre os temas da litispendência entre ações coletivas, entre ações coletivas e individuais e os efeitos da coisa julgada coletiva.

Portanto, não há como se entender, per se, a regra do art. 16, da Lei das ACPs, como desequilibrada dentro do ordenamento

jurídico atual, diante da existência de mecanismos processuais suficientes ao saneamento de quaisquer adversidades quanto à sua aplicação e, especialmente, como constitucional.

6. Conclusão

Por tudo o que foi exposto nos itens precedentes, aos quais me reporto, comproendo que o art. 16 da Lei das ACPs é absolutamente constitucional.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2021.



LUIZ RODRIGUES WAMBIER

A 895	Taipei
Z 7431	Singapore
20:10	Medan
20:15	Beijing
J 568*	
20:25	ShanghaiPVG
20:30	Singapore
20:30	Brisbane
20:35	Singapore
20:40	Nanning
20:40	Ho Chi Minh
O 192	Taichung
20:45	Makati
20:45	Xiamen
20:45	Bangkok
D 3862	Bangkok
20:55	Guangzhou
20:55	Sydney
21:00	Taipei
21:00	Taipei
21:00	Kuala Lumpur
21:00	Wellington

21:10	ShanghaiPVG
21:20	ShanghaiPVG
21:25	Hangzhou
21:30	Taipei
21:30	Sydney
21:40	Kuching
21:40	Clark
21:40	Xiamen
21:50	Manila
21:50	Manila
21:55	Manila
21:55	Kuching
22:00	Manila
22:10	Bangkok
22:15	Taipei
22:15	Tel Aviv
22:20	Taipei
22:25	Sydney
22:25	
22:40	
22:45	
22:45	
22:50	



23:00	Amsterdam
23:05	Paris
23:05	Istanbul
23:15	LondonLHR
23:15	Zurich
23:25	LondonLHR
23:30	Munich
23:35	Adelaide
23:40	Cairo
23:40	Dubai
23:40	Los Angeles
23:45	LondonLHR
23:45	Paris
23:45	Johannesburg
23:50	Johannesburg
23:55	Sydney
23:55	LondonLHR
23:55	Paris
00:05	Auckland
00:15	Auckland
00:25	
00:30	
00:35	

20:05	CI 642	Taipei
20:05	A 886	Singapore
	V 1000	
	G 1000	
20:10	Z 7431	Medan
20:15	O 304	Beijing
	A 1000	
20:25	J 1000 ^a	ShanghaiPVG
20:30	K 686	Singapore
	F 1000	
20:30	E 407A	Brisbane
20:35	R 2805	Singapore
20:40	Z 3000	Nanning
20:40	A 888	Ho Chi Minh
	V 1000	
	U 1000	
20:40	O 192	Taichung
20:45	A 1000	Manila
20:45	Y 1000	Xiamen
20:45	G 1000	Bangkok
	F 1000	
	K 1000	
20:50	D 3802	Bangkok
20:55	J 1000	Guangzhou
20:55	E 407A	Sydney
21:00	R 856	Taipei
21:00	A 405	Taipei
21:05	K 679	Kuala Lumpur
21:05	X 107	Auckland
	P 1000	
	L 1000	

INTERNACIONAL

InsurTech e Smart Contracts

Reflexões sobre o seu regime jurídico e impacto no Direito dos Seguros

Diogo Pereira Duarte¹

João Carlos de Gusmão²

1. Da Família *Tech* à *Fintech*;
2. Da Contratação “Tradicional” à Contratação Automatizada;
3. Dos *Smart contracts* e dos Contratos de Seguro Automatizados (Smart Insurance Contracts);
4. Considerações finais.

1. InsurTech

Os seguros são tão antigos quanto a atividade humana e comercial. Se até ao século XIV conhecemos fórmulas rudimentares de contratos de seguro, com as descobertas marítimas e a expansão do mercantilismo a relação seguradora sofisticou-se. Por esta razão, é nas cidades-Estado italianas, mais precisamente em Génova, que podemos encontrar as apólices com a estrutura fundadora dos atuais contratos de seguros³.

Neste contexto, a evolução técnica da disciplina jurídica dos seguros seguiu a par com a evolução da própria História, procurando suprir os novos riscos económicos. A título de exemplo, foi com os primeiros movimentos de êxodo rural que surgiram os seguros de habitação e incêndio. Paralelamente, foi durante a primeira revolução

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Sócio Contratado da Abreu Advogados.

² Advogado-Estagiário da Abreu Advogados. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Corporate Finance e em Direito Bancário pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³ RUY DE CARVALHO, *Uma Breve História do Seguro – Dos Antecedentes ao Final do Século XVII*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2016.

industrial que apareceram no século XVIII os primeiros seguros de acidentes de trabalho⁴.

É, precisamente, no contexto da quarta revolução industrial que começamos a falar da digitalização dos seguros, vulgo *InsurTechs* (do inglês: *Insurance Technology*)⁵. Também conhecida por Indústria 4.0, esta trata da automação e eficiência de processos mediante a utilização de tecnologias emergentes como sistemas computacionais colaborativos (do inglês: *Cyber-physical systems – CPS*), em nuvem (do inglês: *Cloud Computing*), ou de interconexão digital (do inglês: *Internet of Things – IoT*)⁶.

Neste sentido, o termo *InsurTech* convive com uma panóplia de segmentos da família *Tech* que problematizam a transformação das demais indústrias. A relação entre a tecnologia e os seguros pode, por exemplo, ser ainda estudada pela: (i) *FinTech* (do inglês: *Financial Technology*), enquanto termo mais amplo, descreve qualquer inovação tecnológica no setor financeiro, pelo que os seguros estarão incluídos; (ii) A *RegTech* (do inglês: *Regulatory Technology*) aponta para a eficiência da regulação legal e infra legal através da utilização dos meios tecnológicos. Aplica-se aos seguros, caso estejamos perante procedimentos de regulação dos mesmos.

Finalmente, a área dos seguros pode ainda ser abordada tendo por referência a digitalização das indústrias para as quais presta serviços. Se falarmos de *ProperTech* (do inglês: *Property Tech*), ganham especial

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, p. 68 e ss.

⁵ CORMAC O'GRADA (Et.al), *The Mechanics of the Industrial Revolution*, disponível em <https://www.ssrn.com/index.cfm/en>. A primeira revolução industrial, originada no Reino Unido durante o século XVIII, automatizou a produção com a introdução de instrumentos técnicos que banalizaram as fábricas e mecanizaram a agricultura. A segunda revolução industrial, situada entre o século XIX e o século XX, introduziu inovações associadas à eletrificação ou à química, que permitiu avanços na indústria automóvel, ferroviária, ou têxtil. A terceira revolução industrial, por sua vez, deu-se no pós-guerra europeu. Durante o período de crescimento económico compreendido entre as décadas de 50 e 70 do século XX, deram-se enormes avanços na automação industrial, mecânica e eletrónica, com a computação digital a despontar.

⁶ DANIEL KIEL, *What do We Know About “Industry 4.0” so Far?*, disponível em: <https://www.researchgate.net/>.

relevância os processos de digitalização dos seguros de habitação, de incêndio, de danos em imóveis, multiriscos, etc. Por outro lado, quanto à *HealthTech* (do inglês: *Health Tech*), releva a digitalização dos seguros do Ramo Vida, isto é, de todos os seguros que cobrem riscos relacionados com a morte ou sobrevivência da pessoa segura.

Sendo assim, independentemente do conceito da família *Tech* que se pretenda utilizar para problematizar a digitalização dos seguros, todos eles descrevem o processo de migração desta indústria para o meio digital⁷.

Ademais, o conceito de *InsurTech* não é unívoco quanto à realidade que se quer descrever. No plano empresarial, o termo pode significar o meio pelo qual a entidade seguradora organiza a sua atividade e dirige a oferta. Uma empresa *InsurTech* será aquela que se apresenta através de canais digitais, sem pontos de contactos físicos, e orienta a sua oferta através da Internet. Neste caso, falamos de empresas como a Next Insurance⁸, Lemonade⁹ ou Zipari¹⁰. Veja-se que falamos de grandes empresas consolidadas nos respetivos mercados de atuação, pelo que está ultrapassada a correlação direta entre empresa *InsurTech* e empresa *startup*.

No entanto, não se pense que uma empresa *InsurTech* é aquela que atua unicamente por canais digitais. A banalização do *online* levou a que muitas empresas tenham uma componente tecnológica, por mais diminuta que seja. Fenómenos prosaicos como a publicidade na Internet ou a contratação por meios eletrónicos são já manifestações da sedimentação da quarta revolução industrial no setor dos seguros.

Paralelamente, podemos abstrair-nos da realidade empresarial e conceitualizar a *InsurTech* como área de estudo que obriga à ponderação de múltiplos instrumentos legais. Face aos desafios que coloca ao Direito, nos diversos ordenamentos jurídicos o intérprete da lei é levado a convocar corpos normativos tão diferentes como o Código

⁷ DOUGLAS W. WARNER (et. al), *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2016/35, 2016.

⁸ Site disponível em: <https://www.nextinsurance.com/>.

⁹ Site disponível em: <https://www.lemonade.com/de/en>.

¹⁰ Site disponível em: <https://zipari.com/>

Civil¹¹, as Leis de Proteção de Dados¹², as Leis de Comunicação Eletrónica¹³, as Leis de Consumo¹⁴, as Leis de Direito dos Seguros *propriu sensu*¹⁵, etc.

Assim sendo, constatamos sem surpresa que a sistematização das fontes jurídicas da *InsurTech* não constitui um *corpus* dotado de autonomia científica. Quer isto dizer que as fontes legais desta indústria são desenvolvidas mediante o conceito de semelhança familiar introduzido por Ludwig Wittgenstein¹⁶: Numa determinada família, alguns indivíduos apresentam queixos iguais, outros a mesma cor de cabelo e ainda outros a mesma cor de olhos. Isto é,

¹¹ Aprovado em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

¹² O corpo de normas jurídicas da Proteção de Dados em Portugal é composto pelo Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016. É ainda composto pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica portuguesa, daquele instrumento europeu. Finalmente, existem ainda previsões difusas sobre a proteção de dados na respetiva legislação setorial. Por exemplo, no plano dos seguros, a Lei de Distribuição de Seguros (aprovada pela Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro, prevê diversas normas específicas sobre proteção de dados).

¹³ Aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

¹⁴ À semelhança do exposto para a proteção de dados, também o corpo das normas jurídicas de Direito do Consumo desdobra-se em diferentes diplomas de base, que são complementados por disposições previstas em diplomas setoriais. Importa, aqui, face ao conjunto exaustivo de diplomas, dar nota da Lei de Defesa do Consumidor (aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho); do Decreto-Lei sobre vendas de Bens de Consumo e das Garantias a ela Relativas (aprovado pelo decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril); do Decreto-Lei sobre Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro).

¹⁵ Sem prejuízo dos demais diplomas e normas regulatórias relevantes, o edifício normativo de Direito dos Seguros de Portugal é composto por três diplomas fundamentais: O Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora (aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 09 de setembro); o Regime do Contrato de Seguro (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril); a Lei de Distribuição de Seguros (aprovada pela já mencionada Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro).

¹⁶ CHRISTOFF DEMMERLING, *Wittgensteins Familienähnlichkeit Interpretationen und Formalisierungen*, disponível em: https://w4eg.de/malvin/uni/gattinger_2011_wittgenstein_familienahnlichkeit.pdf.

embora todos estejam ligados por semelhanças e dissemelhanças, o denominador comum está na pertença à mesma família. Também a *InsurTech*, enquanto disciplina jurídica, estuda matérias diferentes entre si, mas que juntamente dão significado e formam o corpo das matérias relevantes.

O raciocínio exposto no último parágrafo é extensível às demais disciplinas da família *Tech*, bem como ao grande chapéu-de-chuva denominado “Direito da Tecnologia”.

Finalmente, e em complemento ao vasto corpo legal de normas convocado pela *InsurTech*, adensam-se os documentos produzidos pelos reguladores dado o cada vez maior interesse pelo fenômeno. No caso português, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (doravante ASF) já manifestou que pretende prosseguir a sua atividade regulatória conjuntamente com os atores do ecossistema digital. Em comunicado disponível no seu site¹⁷, afirma que o seu papel regulatório pautar-se-á pelo balanceamento dos benefícios e riscos para o consumidor e o mercado, no âmbito de um quadro normativo equilibrado que permita fornecer um elevado nível de proteção dos consumidores sem criar obstáculos desnecessários à inovação. Conclui ainda que estará presente em diversas iniciativas, organizações e eventos, de modo a acompanhar a evolução da realidade tecnológica na área financeira em geral e, especificamente, no âmbito dos seguros e fundos de pensões.

Em suma, a posição da ASF filia-se na posição mais ampla do regulador europeu dos seguros, a EIOPA (do inglês: *European Insurance and Occupational Pensions Authority*)¹⁸.

2. Da Contratação “Tradicional” à Contratação Automatizada

Quanto ao modo de contratação, é possível identificar três estalões. Em primeiro lugar, surgiu a contratação “tradicional” como arquétipo do modo de contratar. O sistema tradicional é representado por duas vias de contratação: a contratação oral e a escrita por meios físicos. O método “tradicional” continua a ser o mais utilizado para as situações correntes do dia-a-dia, como a compra de um café no restaurante (por

¹⁷ Disponível aqui: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/1BFCF436-F731-41F0-9D6A-38DA78A93DFA,frameless.htm?NRMODE=Published>

¹⁸ As principais iniciativas regulatórias desenvolvidas pela EIOPA para a Indústria *InsurTech* podem ser consultadas aqui: https://www.eiopa.europa.eu/topics/insurtech_en.

meio oral) ou para utilização de sala de ginásio e serviços de *fitness* (no caso da via escrita por meios físicos)¹⁹.

A contratação eletrónica, por sua vez, surge associada à disseminação da utilização da internet. Neste caso, estamos já perante modelos mais desmaterializados de contratação, que expandem o fenómeno da contratação à distância. Todavia, não se pense que a contratação eletrónica pressupõe distanciamento físico entre as partes. As partes podem estar na presença uma da outra, mas o contrato ser preenchido e assinado de forma eletrónica²⁰.

Ainda assim, a contratação eletrónica está intimamente relacionada com o *e-commerce*, ou seja, com a experiência de compra associada a pontos de venda alojados na Internet. De acordo com a Lei das Comunicações eletrónicas portuguesa, o contrato eletrónico é aquele em que as declarações de vontade são formuladas pelas partes através de meios eletrónicos.

Finalmente, enquanto modelo último, surge a contratação automatizada. Esta difere da celebração eletrónica na medida em que os contratos são aqui celebrados sem intervenção humana, mediante uma transferência eletrónica de dados (TED) e sistemas de criptocomputação.

Este último modelo de comunicação é também conhecido como modelo de contratação inteligente, dado que os agentes de *software* são capazes de executar as tarefas das entidades celebrantes, mediante linguagem de código e programação. Porém, a contratação automatizada não implica, necessariamente, o recurso à inteligência artificial. Tal como explica DANIEL BATALHA²¹. Uma máquina automática de vendas realiza contratos inteligentes (*smart contracts*) primitivos, uma vez que a máquina está programada para dispensar o

¹⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 405 e ss.

²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil – Volume II*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 342.

²¹ DANIEL BATALHA, *Criptocomputação: uma nova forma de contratação automatizada?*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 20 e ss. Disponível aqui: http://eg.uc.pt/bitstream/10316/85817/1/Criptocontrata%C3%A7%C3%A3o-Uma%20nova%20forma%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20automatizada_DanielSF.pdf.

bem após o processo de verificação do pagamento do preço, e será nesse sentido que aqui falaremos destes contratos, como vamos ver.

O exemplo dos dispensadores automáticos é já antigo. O jurista e criptógrafo SZABO²², principal responsável pelo conceito de *smart contract*, adianta que as máquinas de venda automática são responsáveis por uma automação parcial. Isto é, a introdução das moedas na máquina e a retirada do produto da mesma estão parcialmente automatizadas.

Neste contexto, podemos identificar práticas de seguros fundamentadas nos três tipos de contratação identificados.

O método tradicional corresponde à contratação-tipo verificável ainda no setor dos seguros. Ainda que para a Lei do Contrato de Seguro português²³ seja possível a celebração de contratos sem recurso a forma escrita, o segurador está obrigado a prestar um amplo conjunto de informações por escrito, caso o tomador não abdique deste meio de informação. Perante este facto, juntamente com a impraticabilidade de declarar e prever riscos de forma oral, esta última hipótese torna-se meramente académica.

A contratação eletrónica, tal como foi dito, está intimamente relacionada com o advento da Internet. No entanto, segundo PAULA RIBEIRO ALVES²⁴, a contratação eletrónica de seguros recorre também aos demais meios de comunicação de massa existentes, tais como as vendas por rádio ou televisão, telefone, catálogo, etc.

Por último, a relação entre contratação automatizada e seguros é remetida para o capítulo seguinte, dado que constitui o ponto central deste artigo.

3. Dos Contratos de Seguro Automatizados (*Smart Insurance Contracts*)

Independentemente do método utilizado, um contrato é um negócio jurídico (pelo menos) bilateral, fruto da autonomia privada, onde se manifestam a liberdade de celebração e de estipulação das partes

²² NICK SZABO, *The Idea of Smart Contracts*, 1997. Disponível aqui: <http://web.archive.org/web/20140406003401/szabo.best.vwh.net/idea.html>.

²³ Cf. Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/04.

²⁴ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de Seguro à Distância – O Contrato eletrónico*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 140 e ss.

contratantes. O Código Civil português (de ora em diante CC) regula o processo de formação do contrato no esquema tradicional do encontro entre uma proposta e aceitação. É uma regulação que podemos encontrar em outros Códigos e em instrumentos de direito internacional.

Para que um contrato se forme é, assim, necessário que surja uma declaração negocial, que (i) deve ser completa, (ii) revelar uma intenção inequívoca de contratar e (iii) deve revestir a forma requerida para o negócio em causa. Essa declaração qualifica como uma proposta contratual. Apenas haverá contrato com aceitação da proposta negocial, traduzida na total concordância com a declaração do proponente e eficaz em tempo em que a própria proposta é também eficaz.

Tanto doutrina como jurisprudência admitem também o surgimento de vínculos obrigacionais por força de modelos alternativos (ao da proposta e aceitação) de celebração de contratos - contratação conjunta; cruzada; de facto; flexível, etc. -, mas nesses modelos alternativos deve ser possível reconduzir (diretamente ou por analogia) o esquema básico que implica o surgimento de um encontro de vontades, e que o CC traduziu para a estrutura esquemática do encontro entre proposta e aceitação.

A expressão *smart contract*²⁵ é utilizada frequentemente para querer referir *um contrato cuja execução é total ou parcialmente automatizada, ou seja, contrato em que a execução das condições contratuais ocorre automaticamente, sem necessidade de intervenção humana, por força de um protocolo para computador – um algoritmo – que pode verificar condições pré-definidas e executar eventos e ações que estão estipulados nesse protocolo.*

Desde a máquina de venda automática, o exemplo utilizado por Nick Szabo para ilustrar o funcionamento dos antepassados dos atuais *smart contracts*, são vários os exemplos de autómatos a executar aspectos relevantes de um programa contratual na base de uma linguagem de lógica binária: *if this then that*.

Por outro lado, a expressão foi sobretudo popularizada, nos dias de hoje, em torno da possibilidade de programar na plataforma Ethereum, e em circunstâncias que nada têm a ver com um contrato tal como reconhecido pelo Ordenamento jurídico.

²⁵ Como se viu, expressão atribuída ao jurista norte-americano Nick Szabo em vários textos, *Smart contracts: building blocks for the digital markets; The idea of smart contracts; Formalizing and securing relationships on public networks*, todos disponíveis em <<https://nakamotoinstitute.org/literature/>>.

Porque o conceito de *smart contracts* está envolto em inúmeras dificuldades terminológicas, pensamos que é necessário partir da clarificação sobre o que se quer referir com a utilização desta expressão.

(i) *Smart code contracts e smart legal contracts*

Neste ponto é, desde logo, fazer uma primeira distinção, que é a que separa o que por vezes se designa por “*smart code contracts*” e “*smart legal contracts*”.

O termo “*smart contract*” pode ser utilizado para descrever apenas código de *software* - e assim é, frequente em termos de engenharia informática -, ou seja, *linguagem de programação que desencadeia a execução automática de um procedimento perante a verificação de eventos pré-definidos, mas que não traduz qualquer acordo de vontades com vista à produção de efeitos jurídicos*. Nesse caso não estaremos a falar de um “*contract*” no sentido próprio do termo.

Muitos *smart contracts* não poderiam ser verdadeiramente contratos. Eles não envolvem o uso de programas de computador, seja para documentar ou para fazer cumprir as obrigações de um contrato vinculativo à luz do ordenamento jurídico.

O fundador da Ethereum, Vitalik Buterin, comentou em um Tweet de 2018: “Lamento muito ter adotado o termo “contratos inteligentes” [para descrever programas em execução na plataforma Ethereum]. Eu deveria ter chamado de algo mais chato e técnico, talvez algo como “persistent scripts”. De facto, a utilização da expressão *smart contract* para referir algo que nunca poderia ser um contrato para o Direito presta-se a equívocos evidentes.

Para que se possa falar verdadeiramente de um contrato, no sentido que lhe dá o ordenamento jurídico, é imprescindível que, mesmo no caso de um *smart contract*, tenham existido vontades humanas dirigidas à produção de efeitos jurídicos, quer (i) esta possa estar traduzida para linguagem de programação, (ii) ou que o código de *software* possa ter-se por compreensível em linguagem natural e que tenha havido um acordo para a sua aplicação; (iii) ou que tenha havido um acordo para aplicação do código para determinar as regras que se vão aplicar a uma relação contratual, e a assunção dos riscos inerentes. Sem vontade humana na produção de efeitos jurídicos estariamos a falar de outra realidade, mas não de um contrato.

Um *smart contract* será assim sempre o resultado de uma combinação, em maior ou menor dimensão, de linguagem natural, independentemente da forma pela qual se manifeste, e de código que possibilita a automatização de ações que devem ser desenvolvidas por força de um acordo de vontades. Estes são os *smart legal contracts*.

Ou seja, neste texto falamos de *smart contracts* no sentido de *smart legal contracts* e não de *smart code contracts*.

(ii) *Smart code contracts* e Inteligência Artificial

Nos *smart contracts* não está também em causa o problema de haverem autómatos que recorrem à inteligência artificial e que, nessa medida, podem substituir-se aos seres humanos na tomada de decisões com relevância contratual, o que coloca a questão da imputação da contratação a seres humanos.

Estaríamos a falar da contratação por autómatos, mas sem que a programação dos autómatos pudesse ser reconduzida (pelo menos com facilidade) à vontade humana, ou seja à programação do autómato. Esse será, a breve trecho, um problema relevante - e não especificamente nos contratos -, mas não é o tema dos *smart contracts* de que aqui falamos.

Não obstante, podemos ter situações em que autómatos são programados para, em circunstâncias pré-definidas, entrarem em transações que são iniciadas e executadas sem qualquer intervenção humana: a contratação automatizada a que se refere o artigo 33.^º da legislação portuguesa do comércio eletrónico (DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, de ora em diante LCE) e a que já se fez referência.

Na contratação automatizada estamos perante situações em que existe uma interposição de uma máquina, quer na emissão da declaração, quer na respetiva transmissão, nada obstando a que, quer do lado do oferente, quer do lado do aderente, sejam máquinas a produzir e transmitir as declarações negociais. Mais concretamente, existe uma automatização, *i.e.*, recorre-se a um processo técnico, de modo a dispensar a interação humana no momento da celebração do contrato.

Importa apenas referir que — ainda que não seja, diretamente, uma pessoa a emitir uma declaração negocial — esta não pode deixar de lhe ser imputável: a vontade negocial é expressa através da

programação da máquina, a qual é preparada para emitir declarações negociais. O que equivale a dizer que a declaração emitida pela máquina tem um autor: o programador, funcionando o autómato como um auxiliar na formação e transmissão da vontade humana.

Essa imputação é claramente pressuposta no regime legal: o legislador estabelece para a contratação automatizada a aplicabilidade do regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação (artigo 33.º, número 1 da LCE). Adicionalmente, o legislador determina a aplicabilidade das disposições sobre erro (i) na formação da vontade, se houver erro de programação, e (ii) na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina e (iii) na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino (artigo 33.º, número 2 da LCE).

(iii) *Smart contracts* na celebração do contrato e na execução do contrato

Algumas definições associam a noção de *smart contract* apenas ao meio de executar as obrigações que derivam de um acordo. Nesse caso os *smart contracts* não seriam eles próprios um contrato, mas um meio tecnológico de automatização do cumprimento do contrato, em especial obrigações de pagamento²⁶.

Neste caso, os *smart contracts* podem ser a tradução para código de um acordo formado em linguagem natural, no qual todas ou algumas das obrigações vão ser executadas por código programado num autómato. O código em si não contém as regras aplicáveis à relação estabelecida pelas partes, mas é uma ferramenta para assegurar a execução do contrato.

Neste primeiro caso, não teremos algo de especialmente diferente do processo de contratação normal: a questão jurídica a discutir no *smart contracts* é a de saber se o cumprimento do contrato, em função do que for programado, corresponde ao acordado (e portanto ao cumprimento do contrato), ou não.

Vamos aceitar incluir esta modalidade na definição, ainda que com a consciência de que as eventuais implicações jurídicas são limitadas, perante as que podem ocorrem noutro tipo de *smart*

²⁶ Cieplak, S Leefatt, ‘*Smart Contracts: A Smart Way To Automate Performance*’ (2017) 1 Georgia L & Tech Rev 417.

contracts – vamos chamar-lhes os *smart contracts* em sentido fraco, ou *smart contracts* auxiliares.

Diferentemente, o *smart contract* pode ser, ele próprio, a fonte das regras que se vão aplicar à relação contratual. Essas regras (ou parte delas) apenas existem em forma de código de computador, e o contrato forma-se da conjugação (em maior ou menor dimensão) dessas regras e da vontade das partes na sua aplicação: vamos chamar-lhes os *smart contracts* em sentido forte.

Podemos ter as seguintes variantes: (i) os *smart contracts* podem ser híbridos; formados em parte por linguagem natural e em parte por código programado num autómato; finalmente, pode consistir num contrato cujas estipulações existem apenas *em código programado num autómato*, regras essas a que as partes aderem, aceitando correr os riscos inerentes (*smart contracts* só em código).

(iv) *Smart contracts e blockchain*

Os *smart contracts* objeto deste artigo estão umbilicalmente associados às *blockchains* popularizadas a partir das transações com bitcoins²⁷. Porque importa fazer a abordagem numa perspetiva de neutralidade tecnológica, vamos considerar, em termos mais genéricos, as tecnologias de registo distribuído (de ora em diante, também DLT, significando *distributed ledger technology*).

As tecnologias de registo distribuído são bases de dados com registos de transações eletrónicas mantidas numa rede partilhada, ou descentralizada, de participantes (*nodes*), sem sistema de validação central. Utilizam criptografia, como funções *hash* e chaves públicas e privadas para armazenar ativos e validar transações. Os processos e tecnologias relacionadas permitem que participantes (*nodes*) proponham, validem e registem atualizações nessa base de dados que está distribuída entre os vários participantes através de mecanismos de consenso.

²⁷ Sobre o funcionamento conceptual da tecnologia que suporta as transações com bitcoin, cfr Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: a peer-to peer electronic cash system*, em < <https://nakamotoinstitute.org/literature/>>; Cfr. uma explicação básica em Daniel Drescher, *Blockchain basics: a non-technical introduction in 25 steps*, Frankfurt am Main, 2017.

Do ponto de vista conceptual as *tecnologias de registo distribuído*, entre as quais as *blockchain*, apresentam um grande avanço na possibilidade de execução automática das condições contratuais, não apenas pela fiabilidade do registo da transações, pelo seu caráter distribuído, mas sobretudo porque o mecanismo de validação permite introduzir no esquema do contrato a intervenção de um agente fiduciário, equidistante relativamente às partes, que executará de forma desinteressada o código com que for programado.

(v) Conclusão (provisória) sobre a construção de uma noção de *smart contract*

Para falar de *smart contracts* no sentido que vamos abordar neste texto, temos de ter as seguintes características: automatização; tecnologia de registo distribuído; acordo juridicamente vinculante.

Quanto à automatização, uma característica distintiva dos *smart contracts* é a de que todas ou algumas das obrigações contratuais são cumpridas automaticamente por programas de computador, sem intervenção humana. A automatização de uma obrigação contratual implica que tenha sido convertida ou traduzida para código de computador ou foi estipulada em código de computador, e que isso desencadeará uma operação caso se verifique um evento pré-determinado e previsto no código.

Quanto à tecnologia de registo distribuído, os *smart contracts* são os que são executados automaticamente por programas de computador utilizando plataformas de tecnologias de registo distribuído, e a execução do contrato traduz-se numa alteração do estado dessa DLT.

Quanto à necessidade de um acordo juridicamente vinculante que se expressa em código, nos *smart contracts* tem de ser possível encontrar um acordo para a produção de efeitos jurídicos, efeitos que resultam, em maior ou menor grau, de forma mediata ou imediata, de uma interação entre vontade humana e linguagem de programação inserida numa DLT.

(vi) Diferentes camadas e blocos de construção nos *smart contracts*

Os *smart contracts* com a cateterização referida anteriormente tem alguns elementos e participantes típicos, que têm de ser considerados, na análise do seu regime jurídico²⁸.

É frequente (praticamente imprescindível) que os *smart contracts* recorram a uma arquitetura de múltiplas camadas, em que cada camada tem um propósito específico. A camada de liquidação (camada 1) consiste na tecnologia de registo distribuído e seu ativo de protocolo nativo (por exemplo, Bitcoin [BTC] na *blockchain* Bitcoin e ETH na *blockchain* Ethereum). Ela permite que a rede armazene informações de propriedade com segurança e garante que qualquer mudança de estado na rede adere ao seu conjunto de regras. Nesta camada de liquidação temos os seus elementos necessários.

As DLT utilizam mecanismos de consenso entre os utilizadores para fazer atualizações da informação que delas consta, ou seja verificar e confirmar as transações, sendo que as configurações de mineração e consenso variam entre as redes. O consenso é frequentemente alcançado por meio de uma rede de computadores, chamados de mineradores. Os mineradores fornecem o poder computacional necessário para validar as transações e incluí-las no próximo bloco de transações na cadeia, e espera-se que trabalhem constantemente na verificação de transações e são incentivados a fazê-lo por meio de uma taxa, a pagar no token nativo da DLT em causa.

Os utilizadores ou *nodes* (no vocabulário anglo-saxónico) são uma parte essencial da DLT: cada utilizador tem uma cópia da DLT armazenada num seu dispositivo (como computadores, *smartphones* ou *tablets*) e atualiza-a regularmente com os blocos mais recentes, de forma a manter a sua cópia atualizada. Os utilizadores podem, também possivelmente, verificar a validade dos blocos, aceitando-os ou rejeitando-os e ainda armazenar, distribuir e preservar a informação constante da DLT.

Aos utilizadores de uma DLT é atribuído um par de chaves: uma

²⁸ FABIAN SCHÄR, Decentralized Finance: *On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets*, in “Federal Reserve Bank of St. Louis Review, Second Quarter 2021, 103(2)”, 153-74, pp. 155 e ss.

chave pública/*public key* e uma chave privada/*private key*. Estas chaves são importantes pois é através delas que os utilizadores interagem com a DLT, seja através da chave pública que utilizam para serem identificados e poder interagir com a DLT (seja contactando ou sendo contactados por utilizadores, enviar informação, entre outros), seja através da chave privada que utilizam para assinar transações.

As carteiras de cripto-ativos são usadas para armazenar chaves públicas e privadas e para interagir com a DLT para permitir que os utilizadores enviem e recebam cripto-ativos e monitorizem os seus saldos.

Temos, depois, uma camada de ativos (camada 2) que consiste em todos os ativos que são emitidos no topo da camada de liquidação. Os *smart contracts* utilizam, antes de mais, ficheiros digitais que circulam nas DLTs/ entre carteiras/wallets dos diferentes utilizadores, e cujas transações são registadas nos diferentes blocos que compõem a *blockchain*. Eles, com recurso aos *smart contracts*, podem circular como meio de pagamento ou como ativo transacionado.

Isso inclui o ativo de protocolo nativo, bem como quaisquer ativos adicionais que são emitidos nesta *blockchain* (geralmente referido como tokens).

Assim, quando falamos de cripto-moedas podemos estar a falar de realidades bastante diferentes que, porque implicam riscos diferentes, reclamam também análises diferentes.

Temos, posteriormente, a camada de protocolo (camada 3) que fornece padrões para casos de uso específicos: como plataformas de negociação descentralizadas, mercados de dívida, derivativos, gestão de ativos seguros paramétricos e *peer-to-peer insurance*. Esses padrões são implementados como *smart contracts* e podem ser acedidos por qualquer utilizador (ou aplicações descentralizadas), sendo altamente interoperáveis.

Na camada de aplicações (camada 4) criam-se aplicações para poderem ser utilizadas pelos utilizadores que se conectam a protocolos individuais. A interação do *smart contract* é geralmente abstraiada por uma rede baseada em navegador de internet *front end* (*web browser*), tornando os protocolos fáceis de usar.

Finalmente, a camada de agregadores (camada 5) é uma extensão eventual da camada de Aplicações. Agregadores criam plataformas

centradas no utilizador, que se conectam a várias aplicações e protocolos. Eles geralmente fornecem ferramentas para comparar e classificar serviços, permitem que os utilizadores executem tarefas complexas, conectando-se a vários protocolos simultaneamente e combinando informações de forma clara e concisa.

(vii) Vantagens e desvantagens dos *smart contracts*

A execução automática de estipulações contratuais convertidas em código que desencadeia a execução por um autómato tem por principal efeito reduzir o espaço de discricionariedade que numa obrigação se coloca ao devedor, quando este pode escolher se cumpre ou não cumpre a referida obrigação²⁹.

Nessa medida um *smart contract* aparece como um dispositivo de confiança, já que *o contrato se executa a si próprio sem necessidade de colaboração do devedor*. Tal sucede na medida em que o devedor delega num agente escrow a adoção do comportamento que lhe cabe, por meio de instruções postas em prática no momento da celebração do contrato, assim inutilizando o espaço de discricionariedade que pudesse haver.

Isto, também conceitualmente, pode ser extremamente positivo, pois permite a chamada ao domínio contratual de uma franja relevante de pessoas excluídas da atividade transacional por força de uma avaliação negativa sobre a sua fiabilidade creditícia. A autoexecutoriedade do contrato dispensará em muitos casos esse juízo sobre a notação de crédito, pelo que novas pessoas terão oportunidade no domínio contratual, o que é muito relevante numa perspetiva de inclusão financeira.

Mas os *smart contracts* se entendidos num sentido forte também representam um retrocesso. A ideia que por vezes anda associada de

²⁹ Sobre aspectos jurídicos dos *smart contracts*, cfr, a título de introdução: ROGER BROWNSWORD, *Coding the transaction, decoding the legal debates, in “Regulation Blockchain”* (ed. Philipp Hacker et al.), pp.. 311-326. PRIMAVERA DE FILIPPI-AARON WRIGHT, *Blockchain and the Law: the rule of code*, London, 2018, em especial, cap. 4; TREVOR I. KIVIAT, *Beyond bitcoin: issues in regulating blockchain transactions*, 65 Duke Law Journal, 2015, pp. 569—608; MAX RASKIN, *The Law and legality of smart contracts*, 1 Geo. L. Tech. Rev., 2017, pp. 305-326; KEVIN WERBACH-NICOLAS CORNELL, *Contracts ex machina*, 67 Duke L.J., 2017, 313-382; PAUL CATCHLOVE, *Smart contracts: a new era of contract use*, em <<https://ssrn.com/abstract=3090226>>.

desintermediação dos tradicionais operadores da justiça pela existência de um automatismo que aplica uma solução totalmente previsível e na base de uma linguagem sem ambiguidade não é uma boa ideia.

O Direito não tem por função assegurar a eficiência, mas a justiça, e esta não dispensa em cada caso concreto a valoração do sistema e a participação criativa do aplicador do Direito no ato de julgar. A pretensão de substituir o Direito, a sua linguagem e as suas soluções, maturadas ao logo de milénios, enquanto realidade intrinsecamente humana, pela aplicação estrita da programação, pelo *code is law*, seria um retrocesso civilizacional.

Existem também aspectos de proteção da parte fraca na relação contratual que podem ficar prejudicados neste tipo de contratação: desde logo deveres de informação a consumidores sobre o teor do contrato, quando se exige para ele uma forma qualificada: documento escrito com determinadas menções. A execução automática far-se-á também em prejuízo de direitos essenciais de consumidores, desde logo, o direito ao arrependimento.

Em geral, pode dizer-se que eles implicam a supressão de formas relevantes de autotutela das partes dos contratos, como a supressão da possibilidade de invocação de exceções.

Existem também limitações técnicas que limitam (pelo menos ainda) todo o potencial: a informação *offline* tem de ser introduzida no *smart contract*, o que pode colocar a disputa em torno do *feed* dessa informação, como por exemplo, informação sobre valor de instrumentos financeiros, condições meteorológicas; etc. Por outro lado, a garantia do cumprimento das obrigações de pagamento apenas é possível com a sobregarantia, ou seja, com o cativo de cripto-ativos, condizendo a um bloqueio de recurso que ficarão improdutivos.

(viii) Algumas notas para reflexão para o estudo do enquadramento jurídico dos *smart contracts*

Na União Europeia a contratação eletrónica tem um regime que resulta da Diretiva n.º 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000³⁰, relativa

³⁰ Diretiva essa influenciada pela opções da Lei Modelo do Comércio Eletrónico da UNCITRAL, que viria a ser aprovada pela Resolução das Nações Unidas A/RES/51/162, que postula a assenta na equivalência funcional entre as declarações de vontade clássicas e aquelas expressas por via eletrónica.

a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial o comércio eletrónico, no mercado interno, diploma que viria a estar na base do regime interno, vertido na LCE.

Nos termos dos artigos 24.^º e 26.^º, n.^º 1 do referido diploma, é livre a celebração de contratos por via eletrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio e as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

Assim, sem prejuízo da limitação prevista no artigo 25.^º, n.^º 2 da LCE, existe uma plena equiparação entre a celebração de contratos por meios eletrónicos (*online*) e a celebração *offline*, pelo que valem as considerações genéricas sobre o princípio da liberdade contratual.

E isto mesmo relativamente à contratação automatizada, nos termos do artigo 33.^º da LCE, como vimos.

Não é sequer um requisito que o contrato seja redigido em linguagem inteligível, as partes podem aceitar o risco de tradução ou de celebrarem o contrato em linguagem que não dominam, sem que ele perca, com isso, efeitos vinculativos. Claro que há aspectos de proteção do consumidor que têm de ser ponderados.

A forma qualificada é exigida em alguns contratos de consumo, e nesse caso a validade não ocorre sem que ao *smart contract* esteja associado um documento escrito em linguagem natural. O regime das cláusulas contratuais gerais (aplicável, mesmo quando uma das partes se quer prevalecer delas, não as tendo criado) impõe, em certos casos, que o correto dever de comunicação das cláusulas pode implicar a entrega de um documento escrito, não sendo compatível com os contratos de seguro celebrados apenas em código.

Mas, mesmo nos contratos exclusivamente em código - os *smart contracts* em sentido forte - é necessário perceber qual o sentido juridicamente vinculante, por interpretação. Em Portugal, com base no artigo 236^º, n.^º 1, do CC, vigora a regra de que prevalece o sentido que daria à declaração o destinatário normal. Por outro lado, quando existe um entendimento comum sobre o sentido da declaração, ele prevalece independentemente do sentido objetivo do código: *falsa demonstratio non nocet*.

Tal significa que a, assim chamada, “autoexecutoriedade” dos *smart contracts*, reclama alguns esclarecimentos. A automatização inerente ao contrato não implica necessariamente que o contrato esteja a ser cumprido, pois isso depende de saber se a automatização corresponde a uma prestação que devia ser realizada nos termos do contrato que foi celebrado, em função do seu sentido juridicamente vinculante.

O que significa que a execução automática do contrato pode corresponder, não ao cumprimento, mas ao incumprimento ou cumprimento defeituoso. Por exemplo, se a programação implica uma ação não conforme ao que as partes esperaram, ou mesmo se foi desencadeada com recurso a informação (por erro ou intencional) não verdadeira.

Nesse caso, se uma das partes é responsável pela programação ou assegura e deve correr o risco pela fidedignidade da informação (no caso da utilização de oráculos): a responsabilidade por incumprimento não se deparará com problemas de maior.

Pode haver responsabilidade objetiva pela conduta de auxiliares no cumprimento, se uma das partes recorreu a um prestador de serviços de *software* ou a prestadores de serviço de informação, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do CC.

Mas pode não haver culpa de nenhuma das partes. Na hipótese bastante provável e frequente de as partes terem usado uma aplicação produzida por terceiros (por exemplo, uma empresa tecnológica) para entrar numa transação e de terem ocorrido danos, não caberá falar em incumprimento e em responsabilidade por incumprimento. Também no caso de haver informação *off-chain* fornecida por oráculos, que seja errada também não há incumprimento imputável, e a responsabilidade do oráculo será dependente de saber se houve algum compromisso contratual no sentido de garantir a fidedignidade da informação.

A primeira questão a colocar é a de saber se poderiam ser responsabilizados, pelos danos decorrentes de uma transação, os intervenientes da camada de liquidação que possibilita a execução dos *smart contracts*.

Relativamente a esta, parece-nos que os participantes estão numa situação de analogia com a da prestação de serviços de sociedade de informação, que deve ser aplicado para descobrir o quadro de responsabilidade dos participantes.

Esses serviços intermediários são: (i) um serviço de “simples transporte” que consiste na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações; (ii) um serviço de “armazenagem temporária” que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, que envolva a armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações, apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários, a pedido destes; e, finalmente, (iii) um serviço de “armazenagem em servidor” que consista na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço a pedido do mesmo.

Nessa medida, deverá ser aplicável o quadro horizontal de isenções condicionais de responsabilidade aplicáveis aos prestadores de serviços intermediários, estabelecido na Diretiva 2000/31/CE e no DL 7/2004, de 7 de janeiro, clarificando certos elementos desse quadro, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nesse quadro, um participante deve poder beneficiar-se das isenções de responsabilidade pela prestação de serviços de simples transporte ou de «armazenagem temporária» ou em servidor quando é inteiramente alheio à informação transmitida, não havendo qualquer dever de vigilância relativamente ao que se passa na rede.

Mas, a fim de se beneficiar da isenção de responsabilidade pelos serviços de armazenagem em servidor, o usuário deve, a partir do momento em que tome conhecimento efetivo de conteúdos ilegais, remover a ilegalidade, sujeitando-se à determinação das entidades competentes, e mesmo com âmbito espacial ao nível de toda a União³¹.

O mesmo princípio de irresponsabilidade não se poderá aplicar a programadores e criadores de aplicações que têm por finalidade promover ou facilitar relações contratuais.

Defeitos na programação ou o funcionamento de plataformas transacionais de forma radicalmente do que seria expectável por destinatários médios, implicará, em geral, responsabilidade pré-

³¹ Ver sobre o ponto o caso no processo C 18/18, Eva Glawischnig Piesczek contra Facebook Ireland, sobre o tema dos conteúdos ilegais.

contratual, por violação dos deveres de segurança e proteção impostos pelo Sistema. Parece-nos que a responsabilidade será pré-contratual, ao abrigo do artigo 227.º, do CC, pois os programadores aparecem como intermediários de uma transação contratual.

(ix) *Smart insurance contracts*

É neste contexto que suscitamos a problemática dos *smart insurance contracts*, isto é, dos *smart contracts* cujo objeto do contrato (em sentido próprio ou improprio) são matérias de seguros³².

Este setor financeiro é percecionado como dos menos responsivos à inovação tecnológica. Porém estão já em curso diversas práticas tecnológicas associadas aos seguros. A mais evidente prende-se com a automação da invocação do sinistro e consequente assunção do pagamento pela seguradora. Este processo é bastante responsável à lógica binária e condicional conhecida como “*if/then*”: Se (*if*) o risco coberto pela apólice ocorrer, então (*then*) o *smart contract* automaticamente indemnizará o tomador do seguro. Existem diversos projetos em curso, com especial incidência nos seguros multirriscos habitação, acidentes pessoais e danos. Compreende-se a apetência das iniciativas pioneiras pela escolha dos seguros mencionados, dado que o modelo de verificação do risco segurado é mais simplista.

A Internet das Coisas (do inglês: *Internet of Things - IoT*) dará um contributo essencial para o processo de progressiva automação. Este conceito refere-se à interconexão digital de coisas (e não de pessoas), capaz de agregar dados alojados em diferentes plataformas e, desta forma, prover serviços através de um serviço de comunicações integrado³³.

A *IoT*, quando aplicada aos seguros, apresenta um potencial tremendo. Veja-se o caso da AXA quanto ao seu seguro de viagem *fizzy*, totalmente automatizado e alojado na *blockchain*³⁴. Quando o passageiro compra um seguro que cobre atrasos nos voos, esta compra

³² Ver, MICHAEL ABRAMOWICZ, *Blockchain-based insurance*, in ‘Regulation Blockchain’ (ed. Philipp Hacker et al.), pp.. 195-212.

³³ WILLIAM H. DUTTON, *The Internet of Things*, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324902.

³⁴ Disponível em: <https://www.axa.com/en/magazine/axa-goes-blockchain-with-fizzy>.

é registada na *blockchain* da *Ethereum*. O *smart contract*, aproveitando as potencialidades da *IoT*, está conectado com as bases de dados globais de tráfego aéreo. Assim que o atraso é detetado (neste caso, por mais de 2 horas), a indemnização é automaticamente paga. Em suma, a AXA delegou a decisão de indemnizar a uma rede independente.

No curto prazo, a corrente automação do processo “if/then” através da *IoT* permitirá a redução dos custos operacionais relacionados com a criação da apólice e gestão da mesma, enquanto reduz o erro humano (dada a sua menor intervenção) e a possibilidade de defraudar a seguradora, mediante prestação de informações falsas³⁵.

Dado que com o tempo cada vez mais objetos e serviços estarão alojados na Internet, os *smart contracts* com tecnologia *IoT* estender-se-ão a mais seguros. Outro exemplo pioneiro é dado pela seguradora britânica Neos³⁶, através do seu seguro de habitação integrado. Através da disponibilização de sensores e tecnologia *IoT* na habitação protegida, a Neos consegue informar os segurados de possíveis problemas relacionados com os seus bens. Desta nova forma de segurar surge uma questão importante. Se a seguradora disponibiliza a tecnologia capaz de identificar e mitigar os danos, ambas as contrapartes ficam obrigadas a diligências contínuas que evitem a ocorrência do risco segurado. Podemos, assim, afirmar que a tecnologia mudará a forma como os seguradores se posicionam em relação ao risco, deixando para trás um papel passivo para assumirem um trabalho contínuo pela mitigação dos riscos.

O crescimento da *IoT* nos seguros está dependente do sucesso dos megadados (do inglês: *big data*)³⁷. Se pensarmos nos seguros de saúde, a contratação automatizada está dependente de uma enorme recolha, análise e tratamento de dados. Será necessário, entre outros procedimentos, recolher dados sobre o histórico de saúde do paciente, bem como dos seus comportamentos de risco. Em aditamento, o histórico de saúde e doença de todos os pacientes do serviço de saúde terá um papel igualmente relevante. Por outro lado, será necessário

³⁵ DIOGO PEREIRA DUARTE, “Smart Contracts” e Intermediação Financeira, in FinTech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira, Almedina, Coimbra, 2019, p. 174.

³⁶ Disponível em: <https://neos.co.uk/>.

³⁷ NEIL M. RICHARDS, JONATHAN KING, Big Data Ethics, Wake Forest Law Review, 2014.

agregar informações sobre custos de tratamento e sua evolução por cada e todos os provedores de cuidados de saúde.

A dificuldade operacional de recolha automatizada de todos os dados relevantes para a emissão desta apólice é evidente. Paralelamente, os seguros totalmente automatizados enfrentam restrições jurídicas. No Direito da União Europeia, o Regulamento Geral da Proteção de Dados (RGPD) prevê no seu considerando 71 que o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a uma decisão que avalie todos os seus aspectos pessoais exclusivamente com tratamento automatizado. O titular destes dados se beneficia de um conjunto de direitos oponíveis ao segurador. Contudo, caso seja do interesse do próprio segurado, o RGPD permite a limitação voluntária do seu direito caso preste o seu consentimento explícito perante uma decisão como esta³⁸.

Para já, enquanto mais *big data* e integração de sistemas for exigida pela natureza do contrato de seguro, menos realística será a sua integração no *smart contract*.

Em edição da *FinTech Magazine*, do passado mês de fevereiro de 2021³⁹, JOANNA ENGLAND expôs diversos dados estatísticos e económicos que a levam a concluir que o continente africano será o próximo grande lugar para o desenvolvimento da tecnologia financeira. O setor dos seguros não será exceção, pelo que encontramos já neste continente diversas potencialidades para a sua automação.

Diversas empresas financeiras contornaram a dificuldade das grandes extensões territoriais, associada ao défice de infraestruturas locais, para oferecer serviços à distância ou de forma desmaterializada. O mercado de *mobile money* é um dos melhores exemplos. Veja-se o exemplo do Quénia em que 100% da população com telemóvel utiliza este sistema⁴⁰. A empresa M-Pesa possui neste país uma quota superior a 80%, manifestando a conhecida característica de

³⁸ Cf. Artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do RGPD.

³⁹ Disponível aqui: <https://fintechmagazine.com/financial-services-finserv/africa-next-big-hub-fintech>.

⁴⁰ De acordo com o Estudo da Ernst & Young, disponível aqui: https://www.ey.com/en_gl/banking-capital-markets/how-africa-s-growing-mobile-money-market-is-evolving.

“the winner takes it all” associada a este produto em específico. A expansão do *mobile money* avança rapidamente pelo continente, com países como Moçambique⁴¹ ou Nigéria⁴² a liderarem as taxas de crescimento.

No âmbito dos seguros, as oportunidades criadas pelos mercados emergentes são de salutar constatação. Os produtos de microseguro, tipicamente destinados à população de baixa renda, apresentam complexidade reduzida, pelo que a tecnologia de automação ajudará a reduzir ainda mais os custos operacionais, podendo ainda chegar a lugares geograficamente remotos. Em conjugação com uma conta de *mobile money*, será possível processar os pagamentos das indemnizações.

Mais uma vez, a tecnologia *IoT* terá um papel relevante ao interconectar a *big data* já existente em plataformas de dados. Sempre que a tecnologia permita a agregação de dados fiáveis, estão reunidas as condições para automatizar o seguro. Falamos, por exemplo, de seguros que protejam uma determinada atividade económica de eventos meteorológicos nefastos, como seguros agrícolas ou de colheitas. Os seguradores poderão processar os pagamentos sem avaliar a perda no local e, ajudando à fixação do montante indemnizatório, contribuirão os índices de risco agrícola que melhoram e definem com extrema precisão as perdas individuais dos agricultores⁴³.

O raciocínio *supra* exposto beneficia da extrema exatidão dos dados fornecidos por provedores de informações meteorológicas. Por outro lado, a informação meteorológica é universal e impessoal, facilitando a sua agregação, disseminação e utilização.

As oportunidades dos microseguros não estão apenas nas atividades de produção económica, mas também nas atividades

⁴¹ Banco de Moçambique, NOVAAFRICA, *Electronic Payments in Mozambique*, disponível aqui: <https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2015/05/NOVAAFRICA-2015-Working-Paper-1.pdf>.

⁴² ROTIMI AKAPO, GLORY AKAPO, *Financial Inclusion in Nigeria: mobile money services, payment services, banks and telecoms operators*, disponível aqui: <https://www.ibanet.org/article/0d41a6f8-2bd5-4fbc-9a0c-7f3b92319ac5>.

⁴³ VINCENT H. SMITH, MYLES WATTS, *Index Based Agricultural Insurance in Developing Countries: Feasibility, Scalability and Sustainability*, disponível em: https://arefiles.ucdavis.edu//uploads/filer_public/2014/03/27/vsmith-index-insurance.pdf.

de consumo. Vejamos um exemplo neste sentido. É atualmente possível controlar, através de um *software* remoto, o desempenho e as ineficiências de dispositivos como computadores ou telemóveis. Em alternativa, os provedores de serviços de assistência informática podem inserir na rede (através da lógica condicional *if/then*), de acordo com a tecnologia *IoT*, se o motivo para o incorreto funcionamento pode ou não ser atribuído ao consumidor. Sendo assim, fica aberto o caminho para a produção de microsseguros sobre equipamentos informáticos ou eletrónicos.

O contributo deveras importante que uma entidade terceira pode dar para validar a operação na rede está bastante limitado aos agentes do setor privado. Se pensarmos na citada cobertura para telemóveis ou computadores, mas acionada por roubo ou furto, não é credível que no curto prazo os órgãos de polícia criminal estejam disponíveis para introduzir e validar na rede de um operador privado as informações que lhe foram prestadas.

Os *smart insurance contracts* revelam também limitações intrínsecas, isto é, que não podem ser atribuídas à colaboração, ou falta dela, de um terceiro. A sua lógica automatizada levanta dúvidas sobre a interpretação de conceitos jurídicos complexos e que exigem ponderação casuística, como “boa-fé”, “razoabilidade”, “diligência”, “melhores esforços”, etc. Para ANGELO BORSELLI⁴⁴, estamos perante um problema que o avanço da tecnologia já está a resolver. Somos levados a concordar com esta ideia. Da conjugação da informação disponível (*big data*) com os avanços tecnológicos algorítmicos, a inteligência artificial tem permitido que as máquinas interpretem padrões e formem juízos de ponderação. Isto é, se uma máquina analisar todos os acórdãos sobre boa-fé ou, mais especificamente, sobre a boa-fé no contrato de seguro, conseguirá apreender a interpretação jurisprudencial do mesmo e aplicá-lo ao *smart contract* com uma precisão possivelmente superior à de um humano. Estamos, neste campo, perante as inovações do *machine learning*.

As máquinas podem aprender com os dados disponibilizados e, consequentemente, efetuar previsões. Há diversas iniciativas em curso de *machine learning* aplicado ao Direito, com sucesso comprovado. Falamos de empresas que desenvolveram e comercializam

⁴⁴ ANGELO BORSELLI, *Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective, in InsurTech: A Legal and regulatory View*, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol 1. Springer, 2017, p.

plataformas para codificação de contratos, baseados em princípios de código e que permitem a integração do contrato na *blockchain*⁴⁵. Falamos também de serviços de *E-discovery* que eliminam o trabalho de prospeção e análise jurídicas de documentos legais. Porém, quanto à supramencionada capacidade de interpretar decisões jurisprudenciais e respetiva elaboração de previsões, estamos perante a tecnologia preditiva aplicada ao Direito.

Um dos melhores exemplos de aplicação da tecnologia preditiva ao Direito chega-nos da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. Os professores ERIC TALLEY e GABRIEL RAUTERBERG⁴⁶ treinaram um computador, recorrendo às técnicas de *machine learning*, para analisarem a aplicação do dever de lealdade pelas sociedades comerciais no âmbito da doutrina da oportunidade corporativa⁴⁷. Mediante este estudo, de difícil execução humana porque estamos perante milhares de interpretações, o computador conseguiu identificar e classificar as interpretações dominantes e mais aceites, prevendo com uma certeza superior à humana a interpretação judicial mais aceite. Em suma, os avanços na tecnologia preditiva permitirão que as máquinas leiam decisões jurisprudenciais, interpretações de reguladores, doutrina, etc. Desta forma, serão capazes de suprir a abstração de certos conceitos utilizados nos seguros, como aqueles que mencionámos.

Outra limitação intrínseca dos *smart contracts* reside na sua imutabilidade. Os mesmos recorrem a cláusulas taxativas que executarão o contrato nos termos em que foi redigido. Consequentemente, sempre que for necessário efetuar uma alteração aos termos do

⁴⁵ Openlaw; legalese;

⁴⁶ GABRIEL RAUTERBERG, ERIC L. TALLEY, *Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers*, 117 COLUM. L. REV. 1075 (2017).

⁴⁷ Esta doutrina tem aplicações práticas diversas, mas todas estão relacionadas com a possibilidade de responsabilizar os administradores prevaricadores, em ocasiões como a concorrência com a própria sociedade que administram ou de aproveitamento de informação da sociedade em benefício próprio, com prejuízo para a própria sociedade. Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Revista de Direito das Sociedades, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pp. 741-778.

contrato, será necessário alterar também o respetivo *smart contract*. A tecnologia necessária não é suficientemente maleável para que possa acompanhar o dinamismo da relação seguradora.

ELIZA MALIK⁴⁸ explica-nos que para modificarmos este contrato precisaremos de alterar o *smart contract*. O mesmo é dizer que precisaremos de alterar as chaves que o originam, e que executam diferentes funções. As chaves são geradas por um algoritmo que garante a independência e inexistência de nexo entre as chaves pública e privada. Enquanto a chave privada cria a linguagem criptografada da transação entre as partes do *smart contract*, a chave pública (gerada pela chave privada) fornece os dados das partes às contrapartes para que os fluxos decorrentes das transações possam ocorrer.

O processo de alteração das chaves é moroso. Uma alteração da apólice através do modelo de contratação tradicional, de uma mera adenda, demonstra que o modelo tradicional acompanha com maior dinamismo a relação contratual das partes. Por esta razão, NÍDIA CRISTINO⁴⁹ entende que a adesão ao *smart contract*, na maior parte dos casos, implicará uma renúncia tácita ao direito de revisão contratual extrajudicial. De modo a evitar que a forma de contratar prejudique a relação dinâmica que o contrato impõe, a autora sugere que as partes devem prever e traduzir para o contrato o maior número de situações hipotéticas para que o *software* possa considerar esses eventos. Porém, ainda que as partes sejam diligentes na inserção destas situações, não é credível que consigam prever o futuro nem será legítimo pedir-lhes que todos os elementos fixados *ex ante* condicionem a vontade posterior das partes.

As inovações tecnológicas devem adaptar-se à vontade negocial e não o contrário. Este é o raciocínio que serve o princípio da autonomia privada. Caso contrário, a tecnologia levar-nos-ia por um caminho distópico em que os contratos deixam de refletir os princípios da liberdade contratual, nas suas diversas manifestações, nomeadamente na vertente da liberdade de estipulação⁵⁰. As limitações tecnológicas,

⁴⁸ ELIZA MALIK, *Smart Contracts: terminology, technical limitations and real world complexity*, in Law, Innovation and Technology, 9:2, p. 269 e ss.

⁴⁹ NÍDIA SIMÕES CRISTINO, *InsurTech: A Aplicação da Tecnologia ao Setor dos Seguros*, p. 34, disponível aqui: https://eg.uc.pt/retrieve/198836/Disserta%C3%A7%C3%A3o_VF_final_PDF.pdf.

⁵⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 113 e ss.

bem como a sua complexidade de processos para o homem médio, podem ser especialmente atentatórias dos direitos dos tomadores do seguro no contexto das relações de consumo. A imutabilidade do código traduz-se, na prática, em verdadeiras cláusulas contratuais gerais operacionalmente indestrutíveis. Em concomitância, associados aos já vastos deveres de informação previstos contratual e pré-contratualmente nas relações de seguros, juntar-se-ão os deveres relacionados com o funcionamento da base tecnológica na qual o seguro assentará.

Ainda assim, entendemos que o impacto das novas tecnologias no direito à informação do consumidor é mais positivo do que negativo. Se por um lado podemos dizer que a celebração do contrato introduz complexidades adicionais, que o consumidor médio pode não dominar, também é verdade que a tecnologia tem criado ferramentas importantes para reduzir a complexidade da informação e assessorar o consumidor quanto à escolha do produto mais adequado.

Existem no mercado *softwares* e ferramentas tecnológicas que analisam os produtos existentes no mercado, efetuando um exercício de comparação que é posteriormente divulgado ao público. A escolha do melhor seguro pode ainda ser feita por consultoria robótica (do inglês: *robot-advisors*), que promoverão a escolha automatizada, substituindo-se ao consumidor quanto às escolhas que serão as melhores para o mesmo, reduzindo-lhe a complexidade da decisão⁵¹. Os robots existentes no mercado funcionam, na sua maioria, através do critério de *match decision*. Isto é, o consumidor preenche o questionário oferecido pelo robot, que posteriormente lerá as respostas dadas e irá procurar o produto que mais se adequa. Outra aplicação comum está no suporte ao preenchimento da própria apólice. O tomador poderá selecionar exclusões e extensões através de uma lista pré-determinada, estando o robot preparado para detetar possíveis inconsistências na escolha dos itens. Finalmente, tal como já é prática comum no setor, diversas caixas *pop-up* e diálogos com assistentes automáticos podem guiar o percurso de subscrição.

Um dos melhores exemplos de *robot-advisors* exclusivamente dedicado à comercialização de seguros vem da empresa francesa

⁵¹ DANA REMUS, FRANK S. LEVY, *Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092.

Minalea⁵². Este serviço atua do lado da oferta, em diferentes aspectos da mesma. A linguagem algorítmica com recurso a modelos de inteligência artificial permite que as seguradoras prestem aconselhamento imediato e personalizado, adaptado ao perfil do cliente e com referência aos seguros que este contratou antes da relação de seguros em análise. Desenvolveram também *chatbots* que podem ser utilizados pelas seguradoras junto dos seus clientes, atuando nos três momentos do contrato (celebração, execução e cessação).

Os processos automatizados oferecidos pelos robots não estão isentos de dúvidas éticas ou jurídicas. Os principais problemas surgirão num contexto em que uma pessoa decide tomar uma determinada posição com recurso a uma decisão gerada pelo robot. Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁵³, sempre que o dano seja provocado por um defeito na conceção ou programação do robot, a responsabilidade impenderá sobre o produtor. Para a autora, a responsabilidade do produtor não deve circunscrever-se ao momento da sua colocação no mercado. A omissão do controlo das atualizações informáticas necessárias para o correto desenvolvimento do robot devem-lhe ser igualmente atribuídas. Este entendimento parece-nos o correto, caso a responsabilidade pela sua atualização não tenha sido delegada em terceiro. Um risco possível, e caro ao Direito, é o da sua desatualização face ao quadro legal e regulatório aplicáveis. Os riscos de desatualização são, em suma, amplos e diversos.

Em situações futuras, à semelhança do que acontece com o preenchimento automático de declarações fiscais pela Autoridade Tributária⁵⁴, os *robots advisors* estarão em condições de preencher as apólices por nós, utilizando a informação previamente disponibilizada, nomeadamente por parceiros da rede. Estes serão todos os provedores de serviços que contribuem para a tomada de decisão, como oficinas (para os seguros automóveis), clínicas médicas (para seguros

⁵² Disponível aqui: <https://www.minalea.com/>.

⁵³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Robots advisors e responsabilidade civil*, Revista de Direito Comercial, p. 1, disponível aqui <https://www.revistadedireitocomercial.com/robot-advisers>.

⁵⁴ Em Portugal, a Autoridade Tributária tem um *software* capaz de preencher as declarações anuais sobre o imposto único anual para pessoas singulares, conhecido pelo acrónimo IRS. A lógica será a mesma quanto aos *robot-advisors*, através de informações previamente recolhidas, estarão em condições de preencher os contratos por nós.

dentários), ou assistência informática (para seguros de proteção de computadores). Podem ainda ser outras seguradoras as provedoras de informação na rede, dado que a interconexão dos dados de cada uma será fundamental para a obtenção de informações mais completas, pelo que a lógica dos concorrentes do mercado deverá ser, no futuro, de maior e melhor colaboração.

Chegados aqui, constatamos que, face à impossibilidade, pelo menos temporária, de termos apólices totalmente automatizadas, as grandes vantagens desta tipologia de contratação estão no momento da celebração. Estão sobretudo no processo desmaterializado de celebração, passível de chegar a zonas remotas, nas ferramentas de apoio à deteção do melhor seguro e, numa fase posterior, ao seu preenchimento. Este preenchimento pode ainda ser parcialmente automatizado, com base em informações disponibilizadas pelo terceiro ou pelo próprio, comumente em formato de questionário.

Numa fase posterior, a da execução, a dinâmica contratual exigida pelas partes colide com o princípio da imutabilidade dos *smart contracts*. No entanto, não se pense que esta tecnologia chega a uma fase de bloqueio. Os *smart contracts* são capazes de detetar variações no risco segurado, seguindo o princípio indemnizatório segundo o qual o montante a pagar deve ser proporcional ao dano ou perdas detetadas. Dado que as variações dos riscos ocorrem durante a fase de execução, a tecnologia IoT está preparada para detetar as alterações relevantes e enviar essas informações para os *smart contracts*. É verdade que em diversos ordenamentos jurídicos o segurado está obrigado a informar o segurador quanto a todos os factos que sejam relevantes para a correta fixação do risco. Todavia, este dever de informação será mitigado e complementado pelo papel da IoT. A aferição permanente do risco é algo que, à semelhança do exemplo *supra* para o seguro multirriscos habitação comercializado pela NEOS, pode ser mais bem desempenhado por máquinas do que por humanos.

Com a introdução de ferramentas tecnológicas que medem o risco de forma permanente, recolhendo inclusive informação sobre o modo de uso efetuado pelo segurado, acreditamos que os prémios serão ajustados em função da melhor ou pior utilização. A

InsurTech Beam⁵⁵ propõe-se a desenvolver um seguro dentário que ajustará os prémios de acordo com os hábitos de higiene oral dos segurados. Juntamente com a apólice, a seguradora disponibiliza a escova de dentes, cujo *software* embutido controla a sua utilização e envia os dados relevantes para a medição do prémio aplicável. Vemos mais uma vez, com este caso, que as *InsurTechs* não se limitam à disponibilização digitalizada do seguro, mas atuam diretamente na criação dos produtos tecnológicos necessários ao funcionamento do seu modelo de negócio.

Outro exemplo de adaptação do prémio à conduta de risco vem do setor automóvel. A Drivit⁵⁶ recorre a tecnologia *IoT* implantada nos automóveis para personalizar as características de condução ao prémio de seguro. A cobertura fica ligada à intensidade do uso. Sendo o seguro automóvel obrigatório em múltiplas jurisdições, estes seguros permitem um pagamento mais baixo caso o veículo segurado circule pouco.

Finalmente, a ideia de os seguros serem personalizados ao uso, conhecida no mercado como “seguros de uso”, pode ainda ser encontrada nos produtos comercializados pela Trov⁵⁷. Esta empresa disponibiliza seguros de equipamentos cuja cobertura pode ser acionada ou suspensa consoante o momento da utilização do dispositivo. Por exemplo, se durante a noite não fizermos uso do telemóvel, será possível desligar a sua cobertura enquanto dormimos. Desta forma, o montante do prémio a pagar diminuirá em função do tempo em que a cobertura esteve acionada.

4. Considerações Finais

Vimos que atualmente os *smart contracts* são capazes de automatizar parcialmente a relação de seguros. A automatização existente no mercado está relacionada com aspectos específicos, como o processo de celebração contratual ou de consultoria robótica.

⁵⁵ Disponível em: <https://beam.dental/>.

⁵⁶ Disponível em: <https://www.drivit.com/>.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.trov.com/>.

Alguns produtos disponibilizam coberturas com base no uso, desenvolvendo para o efeito as tecnologias necessárias para a aferição automatizada do montante dos prémios. Estas seguradoras não são meras provedoras de seguros, atuando também no desenvolvimento de tecnologias de ponta que operacionalizam os seus produtos. Desta operacionalização, por sua vez, surgem tecnologias que medem o nível de risco, passando a seguradora a partilhar com o tomador o dever (que até aqui só pertencia a este) de divulgação de todas as situações que fundamentam a fixação do risco e respetivo prémio.

Neste contexto, ainda não estamos perante os denominados *true smart contracts*, isto é, perante contratos que conjugam *machine learning* com a inteligência artificial, capacitando uma automação total do contrato. Os *true smart contracts* conseguem interpretar os seus próprios termos e são completamente autoexecutáveis, tanto quanto à interpretação como execução.

Concluindo, as vantagens da *InsurTech* para todas as partes envolvidas são evidentes. Teremos um mercado operacionalmente mais eficiente, que incentiva os bons comportamentos (para que o prémio seja reduzido), evitando concomitantemente a fraude e a prestação de informações erradas. Os prémios serão mais baixos e as seguradoras terão incentivos para investir em tecnologias paralelas de suporte que trarão benefícios difusos para a sociedade. Veja-se o caso da *bitcoin* e da *blockchain*. O protocolo *bitcoin* criou a *blockchain* como tecnologia de suporte, mas os méritos desta última há muito que extravasam o setor dos criptoativos, sendo atualmente uma tecnologia com méritos próprios globalmente reconhecidos⁵⁸. A existência de *sandboxes* regulatórias constituirá uma das melhores fontes de suporte que o legislador poderá conferir às seguradoras para que desenvolvam os seus produtos inovadores⁵⁹.

⁵⁸ MARC PILKINGTON, *Blockchain Technology: Principles and Applications*, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662660.

⁵⁹ DIRK A. ZETZSCHE (et. al), *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, European Banking Institute Working Paper Series 2017 – No. 11, 2018.



LEGISLAÇÃO

Lei nº 13.989/2020 - Telemedicina, Tecnologia a favor da saúde

Maria da Gloria Faria¹

Resumo: As novas necessidades, decorrentes do afastamento social e o *home-office* impostos pela pandemia da Covid-19, impulsionaram a utilização da telemedicina e aceleraram a regulamentação dessa modalidade de atendimento médico. Em 23/03/20, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da, recém-declarada pela OMS, pandemia da Covid-19, o Ministério da Saúde publicou a Portaria N° 467/2020². A ela seguiu-se a Lei N° 13.989 de 15/04/2020 que autorizou o uso da telemedicina em caráter emergencial e limitado à crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-2 CoV). Um ano após a publicação da lei que autorizou o exercício das ações de telemedicina já foram realizadas mais de 2.6 milhões de teleconsultas pelas operadoras de saúde suplementar.

Abstract: The new needs triggered by social remoteness and home-office, imposed by the Covid-19 pandemic, boosted the use of telemedicine and accelerated the regulation of this type of medical care. On March 23, 2020, in order to regulate and operationalize the measures to confront the recently declared Covid-19 pandemic, the Ministry of Health published Ordinance N° 467/2020. It was followed by Law n° 13.989 of April 15, 2020, which authorized the use of telemedicine on an emergency basis and limited to the crises caused by the coronavirus (SARS-2-CoV). One year after the enactment of the law, 2.6 million teleconsultations have already been carried out by health Insurance companies.

Palavras-chave: Covid-19, Tecnologia, Telemedicina, Teleconsulta, Healthtech, Regulamentação, Inteligência Artificial, Big data.

¹ Advogada formada pela UERJ, pós-graduada em Direito Empresarial pela UCAM, IAG Master em Seguros pela PUC- RJ, Conselheira e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Brasil, (2020/2022) Conselheira do IAP – Instituto Ação pela Paz, Organizadora da RJS, Sócia do escritório Motta & Faria Advocacia.

² A Portaria nº 467 do Ministério da Saúde foi publicada no dia 22 de março de 2020.

Keywords: Covid-19, Technology, Telemedicine, Teleconsultion, Healthtech, Regulation, Artificial Intelligence, Big data.

Introdução

A pandemia da Covid-19 escancarou antigas demandas e criou novas necessidades no setor da assistência à saúde. Tanto a saúde pública como a suplementar sofreram grandes e graves impactos. E não apenas quanto ao tratamento das infecções provocadas pelo coronavírus (SARS-CoV2) que exigem internação especial, prolongada e onerosa, ou as sequelas que se estendem mesmo depois da alta hospitalar. Patologias de toda espécie continuaram se manifestando durante e muitas vezes, devido ao próprio isolamento imposto para a minimização da possibilidade de contágio.

Durante o isolamento a mobilidade ficou cerceada pelo alto risco de disseminação pelo contato com pessoas em locais como o ambiente corporativo, lojas, restaurantes e transporte público propiciam. Também os médicos foram orientados, pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Conselhos Regionais de Medicina, a não atenderem presencialmente em seus consultórios e clínicas. A mudança de hábitos imposta pelo afastamento social, o trabalho em home-office, a convivência ou a solidão, conforme o caso, geraram ansiedade e depressão e uma demanda maior por terapias. As vendas de produtos e serviços pela internet multiplicaram-se, aumentaram os clientes do Uber, e verificou-se uma grande demanda por atendimentos remotos para consultas e tratamentos.

A resposta a muitos desses novos desafios veio com a aceleração da transformação digital em todos os setores. Mais objetivamente, quanto ao setor de saúde, ora analisado, este verificou um maciço desenvolvimento de ferramentas tecnológicas com a aplicação de IA e big data que têm permitido um maior e mais facilitado acesso a atendimento e procedimentos médicos não presenciais.

Em 2020, deu-se a autorização legal da telemedicina para consultas, diagnóstico e prescrição de medicamentos e tratamentos tanto para o setor da saúde pública como para a saúde privada. O reflexo foi imediato gerando uma demanda (atendida pelas operadoras de assistência de saúde) de mais de 2,6 milhões de

atendimentos de telesaúde no período de um ano, como declarou Vera Valente, diretora Executiva da FenaSaúde, no Fórum de Saúde Brasil³.

Também neste último ano multiplicaram-se as *healthtechs*⁴, hoje em número de quase 700 startups segundo a Distrito, plataforma de inovação⁵. Dentre elas 199 tem como atividade principal a gestão e prontuário eletrônico de paciente (PEP), 110 desenvolvem o acesso à saúde e 90, tecnologia para a telemedicina. Sejam elas independentes ou ligadas a operadoras de planos, hospitais e laboratórios, todas contribuem para o grande avanço na adoção de tecnologia pelo setor de assistência à saúde.

1. Telemedicina e Tecnologia

A telemedicina não é uma novidade que tenha surgido com a pandemia da Covid-19. A criação da Disciplina de Telemedicina na Universidade de São Paulo, USP, data de 1997 e se encontra em permanente pesquisa e atualização na Faculdade de Medicina desta universidade. Na verdade, a telemedicina, entre nós, vem evoluindo nos últimos 15 anos na esteira dos avanços das tecnologias computacionais, interativas e móveis e as telecomunicações. Vale ressaltar que a IA tem exercido papel de grande importância nas conquistas da telemedicina. Entretanto foi, certamente, no período da pandemia da Covid-19 em que a quebra da barreira física se fez, mais que nunca, necessária, e que a tecnologia pode oferecer os meios de atendimento com substituição presencial que a utilização da telemedicina se consolidou.

As novas necessidades aceleraram as mudanças na regulamentação da medicina por atendimento remoto, não apenas entre nós, mas em países como a França e até mesmo os EUA que se viram pressionados

³ FÓRUM DE SAÚDE BRASIL – O Impacto do Coronavírus no Setor de Planos de Saúde e no Serviço dos Segurados. 18/05/2021 0 - Realização O GLOBO, Valor e ÉPOCA.

⁴ *Healthtechs* são startups que desenvolvem soluções com base tecnológica para o setor de saúde.

⁵ Linkedin – Distrito é uma plataforma de inovação aberta que ajuda empresas a se transformarem através da tecnologia.

a remover exigências regulatórias que dificultavam a amplitude da aplicação da telemedicina.

2. Legislação e Regulamentação

A Telemedicina foi primeiramente prevista na Resolução nº 1643/2002 do Conselho Federal de Medicina, que a definiu como *prática para fins de telediagnóstico, teleconsultoria e telededucação*, só vindo a receber uma atenção especial do legislador por ocasião da eclosão da pandemia da Covid-19, com a publicação em 23 de março da Portaria nº 467/2020 do Ministério da Saúde e, logo após, da Lei Nº 13.989/2020 em 15 de abril de 2020.

A Portaria Nº 467/2020 se restringiu a tratar do tema com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as ações de Telemedicina como medidas de enfrentamento da situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, permitindo o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, de monitoramento e diagnóstico, no âmbito do SUS e da saúde suplementar e privada. Exige sua realização direta entre médicos e pacientes, por meio de tecnologia da informação e comunicação que garanta a integridade, segurança e o sigilo das informações.

Por sua vez a Lei nº 13.989/20, em seus parcos 07 artigos, também se propõe a dispor sobre telemedicina, autorizando sua aplicação durante e limitada à duração da crise ocasionada pelo coronavírus (Sars-CoV-2) e, para tanto, abrange 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*⁶.

A Lei foi sancionada com veto a dois de seus dispositivos. O parágrafo único do artigo 2º, que validava receitas médicas em meio digital desde que assinadas eletrônica ou digitalmente, foi retirado sob a justificativa de 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 certificado ICP-Brasil, e ainda

⁶ DANIELA DOS SANTOS TAVARES, HEITOR ALVES DE OLIVEIRA – Ações coletivas em tempos de COVID-19 – RJS nº 12, pg 180.

por estar em descompasso com as normas técnicas de segurança e controle da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa. O artigo 6º, que delegava a regulamentação da telemedicina ao Conselho Federal de Medicina, após o término da pandemia, também foi vetado.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar mostrou-se favorável à utilização da telemedicina para atendimento das necessidades emergenciais impostas pela Covid-19 admitindo o atendimento remoto, desde que observados os atos editados pelos respectivos conselhos profissionais de saúde, cujo oferecimento e realização considere as particularidades dos beneficiários⁷.

Complementarmente, tomando por base a Lei nº 13.989/2020 foi publicada a Resolução CREMERJ nº 314 de 20 de agosto de 2020 que trata da telemedicina no Capítulo III e da sua realização através de plataformas digitais⁸.

3. Conclusão

Passados pouco mais de doze meses da publicação da Lei nº 13.989/2020, as consultas por meio da telemedicina já atingiram a marca de alguns milhões de atendimentos, confirmando que a sua prática traz uma série de vantagens que se destacaram, sobretudo, em tempos de afastamento social. Além de ampliar o acesso aos tratamentos médicos ela veio minimizar os custos das consultas e agilizar o atendimento.

Primeiramente pensada para atender populações em lugares remotos e desassistidos, vencendo as barreiras geográficas e a distância, ironicamente a telemedicina se popularizou e vem se consolidando nos grandes centros de nosso país e metrópoles de todo o mundo. Durante a pandemia da Covid-19, foi impulsionada pela necessidade do isolamento social que não permitia a presença dos pacientes e dos médicos nos consultórios. A partir de então e com respaldo legal da Lei nº 13.989/20, a telemedicina verificou uma enorme expansão, e sem dúvida, não deverá se tornar um recurso passageiro. Veio para ficar.

⁷ ANS Nota Técnica nº 10/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, Item 30.

⁸ Capítulo III da Resolução CREMERJ – Nº314 de 20 de agosto de 2020 DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Art. 9º A telemedicina, regulamentada pela Resolução CFM nº 1.643/2002, está temporariamente autorizada a ser realizada nos termos da Lei Federal nº 13.989/2020, enquanto durar a pandemia da SARS COV2/COVID19. (cont.)

REsp 1.616.359/RJ - Exercício Irregular - Caso AMPLA - Acórdãos STJ

Organizado por Glauce Carvalhal¹

Nos últimos anos, em razão do crescimento do número de entidades constituídas sob a forma de associação para oferecer irregularmente produto equiparável a seguro, o Ministério Público Federal e a Susep atuaram, por vezes em conjunto, para coibir a atuação de tais associações.

No âmbito das principais decisões favoráveis obtidas até o momento, faz-se necessário destacar o acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.616.359/RJ, interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP em face do acórdão proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

No mencionado Recurso Especial nº 1.616.359/RJ, de relatoria do Ministro Og Fernandes, a Segunda Turma reformou o acórdão proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, reestabelecendo a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, para definir como ilícita a atuação da Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva (AMPLA) no mercado de seguros e determinando a suspensão de suas atividades ligadas ao setor securitário.

De acordo com os fundamentos apresentados pelo Relator do caso, o produto oferecido pela associação em questão se apresenta como um típico contrato de seguro, com cobrança de franquia e cobertura de danos provocados por terceiros e por eventos da natureza. Adicionalmente, o Ministro Og Fernandes salientou que

¹ Advogada, pós-graduada em Direito Civil Constitucional pela UERJ, tem especialização em Direito do Seguro e Resseguro pela FGV. Superintendente Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg).

a comercialização de serviço intitulado “proteção automotiva” resulta em violação ao art. 757 do Código Civil e aos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, sendo certo que, justamente por não encontrar amparo legal, a Associação AMPLA acostou aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo, a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade em questão.

O acórdão proferido pelo Tribunal Superior foi objeto de 02 (dois) recursos de Embargos de Declaração opostos pela Associação AMPLA, tendo sido, por unanimidade, ambos rejeitados. Embora não tenha transitado em julgado, o caso é paradigmático, por ser o primeiro precedente de mérito exarado por Tribunal Superior, com a condenação de entidade associativa por exercício irregular da atividade seguradora.

I. RECURSO ESPECIAL N° 1.616.359 - RJ (2016/0194359-4):

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMENTA:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER FISCALIZATÓRIO DA SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG, COMO TERCEIRO PREJUDICADO. INDEFERIMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA SUSEP. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO SOBRE A PARTE DO RECURSO QUE SUSCITA A VIOLAÇÃO DO DISPOSITIVO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. REJEIÇÃO. ALEGAÇÃO DA RECORRENTE - SUSEP DE OFENSA AO DISPOSITIVO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ATIVIDADES DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA. CARACTERIZAÇÃO COMO PRÁTICA SECURITÁRIA. ARRESTO RECORRIDO QUE CONCLUIU PELA OCORRÊNCIA DE UM “GRUPO RESTRITO DE AJUDA MÚTUA”. ENUNCIADO N. 185 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 757 DO CÓDIGO CIVIL/2002 E DOS ARTS. 24, 78 e 113 DO DECRETO-LEI N. 73/1966. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG PREJUDICADO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP CONHECIDO E PROVIDO.

1. O objeto desta lide não comporta alegação de “concorrência desleal”, visto que o pleito originário foi interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e, por óbvio, tal questão não integra a perspectiva regulatória que compreende os objetivos institucionais dessa autarquia federal na fiscalização do mercado privado de seguros. De outra parte, no que concerne à perspectiva econômica - sobre eventuais prejuízos que as associadas da recorrente poderão sofrer -, tal se revela irrelevante para efeito de integração a esta lide como terceiro prejudicado.

2. Não se encontra dentre as finalidades estatutárias da Associação recorrente - e nem poderia - qualquer atuação na fiscalização regulatória do mercado de seguros privados, já que isso é atividade privativa da União, que a exerce através da autarquia federal, Superintendência de Seguros Privados - SUSEP. Eventual consequência da atuação dessa autarquia federal, em relação às associadas da recorrente, ocorre no campo meramente do interesse econômico, não do interesse jurídico em si.
3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é clara ao afirmar que o interesse jurídico a ser demonstrado, para efeito de intervenção na ação com fundamento no § 1º do art. 499 do CPC/1973, deve guardar relação de “interesse tido por análogo ao do assistente que atua em primeiro grau ao auxiliar a parte principal na demanda”. Precedentes: REsp 1.356.151/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 23/10/2017; REsp 1.121.709/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 5/11/2013, DJe 11/11/2013.
4. Assim, se no caso em exame a relação jurídica submetida à apreciação judicial concerne ao exercício do poder regulatório cometido ao órgão público sobre o mercado privado de seguros, descabe falar em interesse jurídico de uma associação privada, por mais relevante que o seja, por ausente comunhão de interesses nesse sentido.
5. No que diz respeito à ausência de prequestionamento dos dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e do art. 757 do Código Civil/2002, não tem qualquer razão a recorrida, uma vez que a eg. Corte de origem debateu a matéria sob o enfoque de tais dispositivos legais.
6. O argumento da parte recorrida de que a pretensão da insurgente, quando alega violação do dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, é meramente suscitar irresignação que se reporta ao mérito em si será examinado no momento adequado, porque diz respeito ao mérito dessa parte da postulação recursal da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

7. Com a rejeição da preliminar suscitada pela recorrida quanto ao prequestionamento dos dispositivos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e do art. 757 do Código Civil/2002, por via oblíqua, rejeita-se a alegação da recorrente de nulidade do arresto impugnado. É que, ao considerar que as questões jurídicas que se reportam a tais dispositivos legais foram examinadas pelo eg. Tribunal de origem, descebe a alegação da recorrente de que houve omissão, nesse particular. O fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte - ou mesmo de estar equivocada, ou não, o que será analisado a seguir - não autoriza afirmar a ocorrência de omissão e a consequente afronta ao art. 535, II, do CPC/1973.
8. Assim, não viola o art. 535 do CPC/1973 nem importa omissão o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente.
9. O Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no que concerne à interpretação atribuída ao art. 757 do Código Civil/2002, assenta que “a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”.
10. A questão desta demanda é que, pela própria descrição contida no arresto impugnado, verifica-se que a recorrida não pode se qualificar como “grupo restrito de ajuda mútua”, dadas as características de típico contrato de seguro, além de que o serviço intitulado de “proteção automotiva” é aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados, o que resulta em violação do dispositivo do art. 757 do Código Civil/2002, bem como dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966.
11. Aliás, tanto se trata de atividade que não encontra amparo na legislação atualmente vigente que a própria parte recorrida fez acostar aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo, a fim de alterar o art. 53 do Código

Civil/2002, para permitir a atividade questionada neste feito. Ora, tratasse de ponto consolidado na legislação pátria, não haveria necessidade de qualquer alteração legislativa, a demonstrar que o produto veiculado e oferecido pela recorrida, por se constituir em atividade securitária, não possui amparo na liberdade associativa em geral e depende da intervenção reguladora a ser exercida pela recorrente.

12. Não se está afirmando que a requerida não possa se constituir em “grupo restrito de ajuda mútua”, mas tal somente pode ocorrer se a parte se constituir em conformidade com o disposto no Decreto-Lei n. 2.063/1940 e legislação correlata, obedecidas às restrições que constam de tal diploma legal e nos termos estritos do Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.
13. Recurso especial interposto pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG prejudicado. Recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP conhecido e provido.

A C Ó R D Ã O:

Vistos, relatados e discutidos aos autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; julgar prejudicado o recurso da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dra. Karin Basilio Khalili Dannemann, pela parte recorrente: Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSEG

Dr. Andre Gustavo Bezerra e Mota (ex lege), pela parte recorrente: Superintendência de Seguros Privados

Dr. Raul Canal, pela parte recorrida: Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva e outros

Pronunciamento oral da Subprocuradora-geral da República, Dra. Darcy Santana Vitobello.

A U T U A Ç Ã O:

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços - Concessão / Permissão / Autorização

C E R T I D Ã O

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

RECURSO ESPECIAL N° 1.616.359 - RJ (2016/0194359-4)

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recursos especiais interpostos pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, como terceiro prejudicado, e pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, em demanda na qual esta última contendе com a Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva - AMPLA e outros, em oposição a arresto prolatado pelo TRF da 2^a Região, assim ementado (e-STJ, fl. 533):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. SUSEP. ASSOCIAÇÃO. PROTEÇÃO AUTOMOTIVA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. A despeito das atribuições legais da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP para a fiscalização das operações de seguro e afins (Decreto-lei n.º 73/66), não se verifica, no

caso, a negociação ilegal de seguros por associação sem fins lucrativos instituída com o fim de promover proteção automotiva a seus associados. Apesar das semelhanças com o contrato de seguro automobilístico típico, há inegáveis diferenças, como o rateio de despesas entre os associados, apuradas no mês anterior, e proporcional às quotas existentes, com limite máximo de valor a ser indenizado. Hipótese de contrato pluralista, em grupo restrito de ajuda mútua, caracterizado pela autogestão (Enunciado n.º 185 da III Jornada de Direito Civil), em que não há a figura do segurado e do segurador, nem garantia de risco coberto, mas rateio de prejuízos efetivamente caracterizados. Eventual prática de crime (art. 121 do DL n.º 73/66) há de ser aferida na via própria, mas não há qualquer ilegalidade na simples associação para rateio de prejuízos. Apelação provida. Sentença reformada.

Diante da dupla insurgência, o relatório será feito separadamente, conforme abaixo:

Do relato pertinente ao recurso especial interposto pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSEG, com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal (e-STJ, fls. 558-590).

Alega a recorrente, de início, que interpõe a insurgência na qualidade de terceiro prejudicado, com fundamento no art. 499 do CPC/1973, tendo em vista ser associação civil de âmbito nacional que representa as empresas do setor securitário e de capitalização.

Sustenta a ocorrência de dissídio jurisprudencial entre o arresto recorrido e os seguintes julgados: 0800197-23.2012.4.05.0000, do eg. TRF da 5ª Região; 1.0079.10.060611-4/001, do eg. TJMG.

Aduz que, em ambos os arrestos paradigmas, ao contrário do que consignou o acórdão combatido, considerou-se atividade de seguradora “a comercialização e o oferecimento de modalidade de seguro privado – mesmo camuflado sob roupagem jurídica e nomenclatura contratual diversas – por parte de associações idênticas à ora recorrida, não têm qualquer validade jurídica, tendo em vista a violação ao art. 757 do Código Civil e a dispositivos do Decreto-Lei n. 73/66”.

Argumenta que o aresto recorrido violou os dispositivos dos arts. 757 do Código Civil/2002 e 1º, 3º, 24, 78, 84, 88 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, diante da ilegalidade no comércio, pela requerida, da caracterização da dita “proteção automobilística” como seguro e do descumprimento da legislação que rege o mercado de seguros privados.

Aduz que o aresto recorrido se equivoca quando “parece ter equiparado pequenos grupos associativos de pessoas próximas, que se reúnem para compartilhar riscos comuns, com uma associação que oferta produtos e serviços em todo o território nacional de forma pública e ostensiva, mediante um complexo regime de oferecimento de coberturas a sinistros ocorridos com veículos, havendo até mesmo a cobrança de taxa de adesão para vistoria e taxa de administração mensal”. Ressalta que, no caso dos autos, dentro do próprio “cenário delimitado e reconhecido pelo próprio v. acórdão recorrido, nada tem de ‘grupo restrito de ajuda mútua’; trata-se de inequívoca atividade empresarial securitária”.

Reclama que o acórdão prolatado pelo eg. TRF da 2ª Região afrontou o dispositivo do art. 757 do Código Civil/2002, uma vez que, mesmo sendo inequívoca a presença de promessa de garantia ao participante, considerou como inexistente, sendo que a forma como a recorrida “calcula o prêmio a ser pago pelos consumidores, por sua vez, não descaracteriza o contrato de seguro”. Afirma que, no caso, estão presentes todos os elementos caracterizadores do contrato de seguro, quais sejam: o risco, a garantia, o interesse, o prêmio e a empresariade.

Esclarece que a requerida não pode se enquadrar no conceito de “grupos restritos de ajuda mútua”, de acordo com o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do CJF, porque a recorrida não se qualifica como associação de classe, de beneficência e nem de socorro mútuo que institui pensão ou pecúlio em favor de seus associados ou famílias.

Diz que a conclusão do aresto evidencia a afronta aos dispositivos dos arts. 1º, 3º, 24, 78, 84, 88 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, visto que “nenhuma das exigências da legislação federal sobre a matéria é cumprida pela AMPLA, ora recorrida”, muito embora, como assegura, desempenhe atividade típica de seguradora.

Requer o provimento do recurso especial para o fim de que sejam reconhecidas as violações dos dispositivos dos arts. 757 do Código Civil/2002 e dos arts. 1º, 3º, 24, 78, 84, 88 e 113 do Decreto-Lei n.

73/1966 e, em consequência, para “reformar o v. acórdão recorrido e julgar procedentes os pedidos da SUSEP, declarando a ilicitude da atuação da AMPLA no mercado de seguros e vedando-lhe a oferta e/ ou comercialização de qualquer modalidade contratual com natureza de seguro em todo o território nacional”.

A recorrida oferece contrarrazões (e-STJ, fls. 718-752), alegando que a insurgente é parte ilegítima, não estando presente interesse seu para recorrer, já que se utiliza de fundamento jurídico que é válido para a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, entidade fiscalizadora, e não para a recorrente, que se qualifica como mera associação privada.

Argumenta que as matérias arguidas pela insurgente não foram prequestionadas, especialmente o ponto relativo à suposta “concorrência desleal”, bem como em relação aos dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e art. 757 do Código Civil/2002.

Afirma que inexiste qualquer dissídio jurisprudencial, visto que os paradigmas invocados não se prestam para a configuração do alegado dissenso, porque o primeiro se reporta a uma decisão ainda liminar e o segundo a um arresto prolatado pela Justiça estadual, não integrando a lide a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP. Aduz que os julgados que podem ser aplicados ao caso são favoráveis à recorrida, citando excertos de decisões judiciais que amparam a sua tese.

No mérito, alega que a interpretação dada pela Justiça Federal ao dispositivo do art. 757 do Código Civil/2002 ampara a sua pretensão, bem como o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tecendo considerações acerca da diferença entre o que se deve entender como “proteção automotiva” e “contrato de seguro”.

Esclarece que a natureza jurídica da atividade da recorrida “é dividir os prejuízos com outras pessoas na mesma situação, em sistemática diversa daquela implementada pelas companhias seguradoras, em que o contrato celebrado entre segurado e segurador efetivamente obriga o segurador “a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos determinados”.

Requer o não conhecimento do recurso especial interposto e, caso superada essa preliminar, pleiteia o seu não provimento, com a condenação em honorários advocatícios.

O recurso especial interposto pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG foi admitido (e-STJ, fls. 767-768).

Do relato pertinente ao recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, com fundamento no art. 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal (e-STJ, fls. 665-677).

Alega a recorrente que o aresto impugnado negou vigência ao dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, uma vez que se omitira na análise das questões suscitadas na petição de embargos declaratórios.

Salienta que, caso superado esse ponto, o acórdão recorrido violou os dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, bem como do art. 757 do Código Civil/2002, visto que “tornou prescindível a autorização à entidade seguradora, exigida no parágrafo único, pois entendeu que o Enunciado n. 185 aplicar-se-ia ao caso da recorrida”, o que se revela equivocado, diante das próprias premissas estabelecidas no aresto impugnado.

Argumenta que a recorrida não se enquadra no conceito de “grupo restrito de ajuda mútua”, razão pela qual não pode incidir o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Esclarece que, “no que tange à redação do Decreto-Lei 2.063/1940, também não é ela associação de classe, de beneficência e nem de socorro mútuo que institui pensão ou pecúlio em favor de seus associados ou famílias”.

Sustenta que a recorrida “não adotou a forma de sociedade anônima e não solicitou qualquer autorização de funcionamento, apesar de claramente exercer atividade securitária”, razão pela qual permitir o seu funcionamento é afrontar a legislação de regência acima citada.

Requer a anulação do aresto recorrido, diante da violação do dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973 e, caso superado esse ponto, pleiteia o provimento do recurso especial, para o fim de “reformar o julgado recorrido, com a aplicação efetiva dos comandos legais expressos, ou seja, os artigos 24, 78 e 113 do Decreto-Lei 73/66 e artigo 757 do Código Civil, que foram contrariados e negados pelo v. acórdão, para restabelecer os efeitos da sentença de primeiro

grau de jurisdição e julgar procedente os pedidos contidos na peça exordial”.

A recorrida oferece contrarrazões (e-STJ, fls. 681-707), alegando existir deficiência na peça recursal, bem como que não foram prequestionados os dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e 757 do Código Civil/2002, razão pela qual não deve ser conhecida a insurgência.

No mérito, afirma que inexiste violação do dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, “visto que, conforme se verifica no acórdão, todos os pontos pertinentes ao julgamento da lide foram adequadamente abordados”.

No que concerne à alegação de violação dos dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e 757 do Código Civil/2002, sustenta haver equívoco na pretensão da recorrente, já que se baseia “no equivocado conceito de que as atividades da RECORRIDA são securitárias”.

Alega que a interpretação dada pela Justiça Federal ao dispositivo do art. 757 do Código Civil/2002 ampara a sua pretensão, bem como o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tecendo considerações acerca da diferença entre o que se deve entender como “proteção automotiva” e “contrato de seguro”.

Esclarece que a natureza jurídica da atividade da recorrida “é dividir os prejuízos com outras pessoas na mesma situação, em sistemática diversa daquela implementada pelas companhias seguradoras, em que o contrato celebrado entre segurado e segurador efetivamente obriga o segurador ‘a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos determinados’”.

Requer o não conhecimento do recurso especial interposto e, caso superada essa preliminar, pleiteia o seu não provimento, com a condenação em honorários advocatícios.

O recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP foi admitido (e-STJ, fl. 769).

Do relato comum a ambos os recursos.

O Ministério Públco Federal pugna pelo provimento dos recursos especiais (e-STJ, fls. 813-822).

A recorrida Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva – AMPLA juntou aos autos informações sobre projetos de lei, pareceres e decisões judiciais, dentre outros (e-STJ, fls. 784-811, fls. 825-993, fls. 1.003-1.036, fls. 1.039-1.054, fls. 1.059-1.066), tendo vista a parte recorrente que se manifestou (e-STJ, fls. 996-1.000, fls. 1.070-1.079, fls. 1.082-1.086 e fls. 1.090-1.131).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL N° 1.616.359 - RJ (2016/0194359-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): De início, esclareço que as manifestações acostadas aos autos pelas partes (e-STJ, fls. 784-811, fls. 825-993, fls. 996-1.000, fls. 1.003-1.036, fls. 1.039-1.054, fls. 1.059-1.066, fls. 1.070-1.079, fls. 1.082-1.086 e fls. 1.090-1.131), a título de informações sobre projetos de lei, pareceres e decisões judiciais, serão analisadas dentro dos limites postos da lide, a qual se encontra adstrita aos recursos especiais interpostos, sob pena de inovação recursal.

Outrossim, uma outra consideração se impõe neste momento processual: este feito, no qual se discute a configuração de determinada prática da parte requerida como atividade securitária, ou não, em tese, estaria afetada à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que tal discussão é apenas o suporte jurídico para se debater acerca do poder fiscalizatório da recorrente, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia federal instituída pelo Decreto-Lei n. 73/1966, responsável pela regulação estatal do mercado privado de seguros.

Dante dessa particularidade, o feito é examinado por esta Segunda Turma, integrante da Primeira Seção, especializada em demandas de direito público, porque se refere à atuação estatal, de intervenção no domínio econômico.

Do alegado interesse jurídico, como terceiro prejudicado, da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSEG.

No caso, a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG alega possuir interesse jurídico, para oferecer recurso especial, como terceiro prejudicado, na forma do art. 499 do CPC/1973, pelos seguintes fundamentos:

- a) ser associação civil de âmbito nacional que congrega e representa outras associações “integradas pelas empresas atuantes nos segmentos de seguros gerais, resseguros, previdência privada e vida, saúde suplementar e capitalização”.
- b) que o eg. TRF da 2^a Região, ao reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP em face da Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva - AMPLA, colocou a recorrida “em situação de extrema vantagem jurídica e econômica no mercado de seguro privados, representando concorrência desleal em relação às empresas que atuam de forma regular e conforme a legislação em vigor, como é o caso das representadas pela ora recorrente”.
- c) que a “eventual quebra de uma empresa segurada - quer ela assim se denomine ou não - produz efeitos nefastos não apenas para seus clientes, mas para o mercado como um todo”, sendo que o arresto impugnado repercute “na esfera jurídica das empresas seguradoras sob a perspectiva regulatória do setor”.

Dessa forma, conclui a recorrente ser “indiscutível” a existência de “nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, invocando, em seu favor, o disposto no § 1º do art. 499 do CPC/1973.

Considerando que a intervenção da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG somente se deu a partir da interposição do recurso especial, em posição à terceiro prejudicado, a qual é contraditada em contrarrazões pela recorrida, cabível a análise da existência de interesse jurídico, como alegado.

Frise-se, por oportuno, que o fato de o recurso especial interpuesto pela CNSEG ter sido admitido pela instância de origem, não impede o

reexame dos seus pressupostos e nem há preclusão para este Superior Tribunal de Justiça, a quem se destina a insurgência, já que a parte recorrida suscita a ausência de interesse jurídico nas contrarrazões, tratando-se de ponto ainda pendente de análise.

De início, é preciso deixar consignado que o terceiro que se autoproclama prejudicado deve demonstrar que existe interesse jurídico seu na demanda, descabendo o pedido de intervenção, diante da alegação de mero interesse econômico.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Casa de Justiça, a qual se revela uniforme quanto a esse entendimento, consoante o seguinte aresto prolatado pela Corte Especial e pela Primeira Turma:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CESSÃO DE CRÉDITOS. DECISÃO DEFERITÓRIA DE PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL, QUE ALCANÇA OS CRÉDITOS CEDIDOS. TERCEIRO PREJUDICADO. LEGITIMIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO PELA ALÍNEA “C”: DECISÃO PROFERIDA POR MAIORIA DE JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA.

1. O terceiro prejudicado, legitimado a recorrer por força do nexo de interdependência com a relação sub judice (art. 499, § 1º, do CPC), é aquele que sofre um prejuízo na sua relação jurídica em razão da decisão. (Precedentes: AgRg na MC 7.094/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010; AgRg no REsp 782.360/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009; REsp 927.334/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 06/11/2009; REsp 695.792/PR, Rel. Ministro LUIS

FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009; REsp 1056784/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008; REsp 656.498/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 03/09/2007; REsp 696.934/PB, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007; REsp 740.957/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 07/11/2005; REsp 329.513/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2001, DJ 11/03/2002)

[...]

9. É que, a teor do art. 499, § 1º, do CPC, a faculdade de recorrer de terceiro prejudicado é concedida ante a demonstração da ocorrência de prejuízo jurídico, vale dizer, o terceiro, titular de direito atingível, ainda que reflexamente, pela decisão e, por isso, pode impugná-la 10. A doutrina de Barbosa Moreira é escorreita nesse sentido, verbis: “O problema da legitimização, no que tange ao terceiro, postula o esclarecimento da natureza do prejuízo a que se refere o texto legal. A redação do § 1º do art. 499 está longe de ser um modelo de clareza e precisão: alude ao nexo de interdependência entre o interesse do terceiro em intervir “e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, quando a rigor o interesse em intervir é que resulta do “nexo de interdependência” entre a relação jurídica de que seja titular o terceiro e a relação jurídica deduzida no processo, por força do qual, precisamente, a decisão se torna capaz de causar prejuízo àquele. ... [...] observe-se que a possibilidade de intervir como assistente reclama do terceiro “interesse jurídico” (não simples interesse de fato!) na vitória de uma das partes (art. 50). Apesar, pois da obscuridade do dispositivo ora comentado, no particular, entendemos que a legitimização do terceiro para recorrer postula a titularidade de direito (rectius: de suposto direito) em cuja defesa ele acorra.

Não será necessário, entretanto, que tal direito haja de ser defendido de maneira direta pelo terceiro recorrente:

basta que a sua esfera jurídica seja atingida pela decisão, embora por via reflexa.” (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 15^a ed., Ed. Forense, p. 295/296)

[...]

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para admitir o recurso do terceiro prejudicado, retornando os autos para ser julgado pela instância a quo. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1.091.710/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/11/2010, DJe 25/3/2011)
ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS. RECURSO DA TRANSBRASILIANA TRANSPORTE E TURISMO LTDA.: TERCEIRO PREJUDICADO. INTERESSE JURÍDICO NÃO DEMONSTRADO. ILEGITIMIDADE RECURSAL.

1. Por força do artigo 499, § 1º, do CPC, o recurso de terceiro prejudicado está condicionado à demonstração de prejuízo jurídico da decisão judicial, e não somente do prejuízo econômico, como ocorre no caso dos autos.

Precedentes: REsp 362.112/MG, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 7.5.2007; REsp 740.957/RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 7.11.2005; AgRg no REsp 782.360/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 07/12/2009; REsp 762.093/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/06/2008; EDcl na MC 16.286/MA, Rel. Min. João Otávio Noronha, Quarta Turma, DJe 19/10/2010; e REsp 661.122/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11/11/2009.

[...]

2. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença, que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial da ação declaratória.

(REsp 1.264.953/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/3/2015, DJe 12/3/2015)

Diante disso, para efeito de intervenção nesta demanda, já se revela descabido o argumento da recorrente no que concerne à alegada

“situação de extrema vantagem [...] econômica no mercado de seguro privados, representando concorrência desleal em relação às empresas que atuam de forma regular e conforme a legislação em vigor”.

Em primeiro lugar, sequer integra o objeto desta lide eventual alegação de “concorrência desleal”, visto que o pleito foi interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e, por óbvio, tal questão não integra a perspectiva regulatória que compreende os objetivos institucionais dessa autarquia federal na fiscalização do mercado privado de seguros.

Em segundo lugar, como visto, a perspectiva econômica - sobre eventuais prejuízos que as associadas da recorrente poderão sofrer - se revela irrelevante para efeito de integração a esta lide como terceiro prejudicado.

De outra parte, no que se refere ao nomeado interesse jurídico – suscitado nominalmente pela recorrente -, de igual sorte, tal não sevê presente nesta demanda. É que, como ressaltado, a ação civil pública foi interposta pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, com os seguintes pedidos (e-STJ, fl. 35):

- 1) que seja confirmada eventual decisão liminar efetivada no processo, nos termos do que já foi requerido acima;
- 2) que seja declarada ilícita a atuação da ré no mercado de seguros, proibindo-a, permanentemente, de realizar a oferta e/ou a comercialização de qualquer modalidade contratual de seguro em todo o território nacional, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada evento que importe em inobservância do referido provimento jurisdicional, a ser recolhida ao FDD, sem prejuízo de outras medidas previstas no art. 461 do CPC;
- 3) que sejam os réus condenados, em face da violação de direitos difusos dos consumidores, a pagar indenização a ser depositada no FDD, equivalente a três vezes o valor da multa aplicada pela SUSEP no processo administrativo sancionador anteriormente referido;
- 4) caso não tenha sido deferida a antecipação de tutela, pugna pela condenação dos réus a todas as medidas requeridas anteriormente, consoante as alienas “a” a “e” do item VI supra.

Do que se observa, não se encontra dentre as finalidades estatutárias da Associação recorrente - e nem poderia - qualquer atuação na fiscalização regulatória do mercado de seguros privados, uma vez que isso é atividade privativa da União, que a exerce através da mencionada autarquia federal. Eventual consequência da atuação da autarquia federal, em relação às associadas da recorrente, ocorre no campo meramente do interesse econômico, não do interesse jurídico em si.

É preciso esclarecer que o feito em análise não se refere a uma demanda interposta por determinada empresa em face da requerida, diante de eventual atuação desleal no mercado securitário, do que se poderia depreender possível interesse jurídico da recorrente.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é clara ao afirmar que o interesse jurídico a ser demonstrado, para efeito de intervenção na ação com fundamento no § 1º do art. 499, do CPC/1973, deve guardar relação de “interesse tido por análogo ao do assistente que atua em primeiro grau ao auxiliar a parte principal na demanda”, consoante os seguintes julgados:

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.
TRANSAÇÃO, COM DAÇÃO DE BEM EM
PAGAMENTO. REQUERIMENTO DE
HOMOLOGAÇÃO E DE EXTINÇÃO DA COBRANÇA
EXECUTIVA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. RECURSO
DE TERCEIRO PREJUDICADO. REQUISITOS.
AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.**

1. O terceiro prejudicado, para fins de legitimidade recursal, “deve demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial” (CPC, art. 499, § 1º), sendo o seu interesse tido por análogo ao do assistente que atua em primeiro grau ao auxiliar a parte principal na demanda, ou seja, poderá intervir “o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas” (CPC, art. 50).

[...]

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.356.151/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/9/2017, DJe 23/10/2017)

RECURSO ESPECIAL. TERCEIRO PREJUDICADO. ART. 499, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERESSE JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. HIPOTECA JUDICIÁRIA. PAGAMENTO DO DÉBITO. CONSEQUENTE LEVANTAMENTO DA CONSTRIÇÃO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

1. Na forma do art. 499, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso de terceiro prejudicado está condicionado à demonstração de prejuízo jurídico da decisão judicial, e não somente do prejuízo econômico, ou seja, deve existir nexo entre o interesse do terceiro e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

[...]

4. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.
(REsp 1.121.709/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/11/2013, DJe 11/11/2013)

Ora, no caso em exame, a relação jurídica submetida à apreciação judicial concerne ao exercício do poder regulatório cometido ao órgão público sobre o mercado privado de seguros, não sendo de se supor tenha uma associação privada, por mais relevante que o seja, comunhão de interesses nesse sentido.

Para ser mais didático e para exemplificar, poder-se-ia admitir a intervenção como terceiro prejudicado, no caso, da União, porquanto se trata da pessoa jurídica de direito público que tem “comunhão” de interesses com a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP na regulação do mercado.

Assim, por falecer interesse jurídico à Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, indefiro o seu ingresso nessa lide, declarando prejudicado o exame do recurso especial interposto, bem como das manifestações e pareceres seguintes que foram acostados aos autos pela recorrente.

Da preliminar da recorrida de não conhecimento do recurso interposto pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, sob os fundamentos de deficiência recursal e de ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados.

Nesse particular, alega a recorrida que “não houve qualquer infração à norma apontada pela RECORRENTE, visto que o acórdão foi suficiente em analisar as questões expostas por ambas as partes, sem contudo dar provimento às razões da RECORRENTE, o que causou sua irresignação, e consequentemente, esta tentativa infundada de reanálise do mérito processual através da presente manobra”.

Esse argumento da recorrida de que a pretensão da recorrente, quando alega violação do dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, é meramente suscitar irresignação se reporta ao mérito em si, o qual será examinado no momento adequado.

Todavia, não é hipótese para inadmitir o recurso.

No que diz respeito à ausência de prequestionamento dos dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n.º 73/1966 e do art. 757 do Código Civil/2002, não tem qualquer razão a recorrida. É que a eg. Corte de origem se pronunciou acerca de tais questões jurídicas, como se observa dos seguintes excertos:

Nesta linha, é oportuno lembrar o entendimento consolidado no Enunciado n.º 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, acerca da interpretação devida ao art. 757 do Código Civil, in verbis: “185 – Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.” (g.n.).

[...]

Verifica-se, assim, a inexistência de qualquer ilegalidade na atuação da associação Ré, que não efetua contratos de seguro na modalidade típica albergada pelo Código Civil e pela legislação específica, como explicitado acima.

E não se discute, aqui, as atribuições legais da SUSEP para promover a competente fiscalização de tais atividades, nos termos do Decreto-Lei nº 73/66, e aplicar as sanções cabíveis, quando constatada a prática de infração. Mas, ao revés, que a prática de ajuda mútua entre os associados da Ré não configura negociação de seguros hábil a se

enquadrar no âmbito de fiscalização da SUSEP (art. 113 do referido Decreto-lei), e impor o encerramento das atividades da associação regularmente constituída, como requerido nesta ação civil pública.

Como se verifica, houve debate acerca da questão jurídica suscitada, sendo explicitamente citado os dispositivos dos arts. 757 do Código Civil/2002 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966.

Em relação aos dispositivos dos arts. 24 e 78 do citado Decreto-Lei, a questão jurídica se encontra debatida, visto que o eg. Tribunal de origem assentou a tese de que “não se discute, aqui, as atribuições legais da SUSEP para promover a competente fiscalização de tais atividades, nos termos do Decreto-Lei n. 73/1966, e aplicar as sanções cabíveis, quando constatada a prática de infração.

Assim sendo, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões, de não conhecimento do recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, por esse fundamento.

Da alegação da recorrente Superintendência de Seguros Privados – SUSEP de violação do dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973.

Com a rejeição da preliminar suscitada pela recorrida quanto ao prequestionamento dos dispositivos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e do art. 757 do Código Civil/2002, por via oblíqua, rejeita-se a alegação da recorrente de nulidade do arresto impugnado.

É que, ao considerar que as questões jurídicas que se reportam a tais dispositivos legais foram examinadas pela eg. Corte de origem, descabe a alegação da recorrente de que houve omissão, nesse particular.

O fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte (ou mesmo de estar equivocada, ou não, o que será analisado a seguir) não autoriza afirmar a ocorrência de omissão e a consequente afronta ao art. 535, II, do CPC/1973.

A tal propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente ao pontuar que, em casos semelhantes, inexiste violação do disposto no art. 535 do CPC/1973:

AGRADO INTERNO NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECLUSÃO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973 nem importa omissão o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente.

2. O fato de haver decisão anterior a respeito da legitimidade da ora recorrente impede nova apreciação do tema, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgRg no REsp 1.479.351/RJ, Rel. Ministro VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/9/2016, DJe 4/10/2016 - grifos acrescidos)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUPosta OFENSA AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. IPTU. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE PRESUMIDA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. IPTU. BASE DE CÁLCULO. LEI MUNICIPAL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. AGRADO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Rejeita-se a alegada violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC, pois não há falar em negativa de prestação jurisdicional, nem em víncio quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte.

2. [...].

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 848.952/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016 - grifos acrescidos)

Com base nessas considerações, nego provimento ao recurso especial, no que tange à alegação de violação do disposto no art. 535, II, do CPC/1973.

Das alegações da recorrente Superintendência de Seguros Privados – SUSEP de violação dos dispositivos dos arts. 757 do Código Civil/2002 e dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966.

Os dispositivos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966 e 757 do Código Civil/2002 tidos pela recorrente como violados estão assim redigidos:

Código Civil/2002:

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

Decreto-lei n. 73/1966:

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

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

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

Art 113. As pessoas físicas ou jurídicas que realizarem operações de seguro, cosseguro ou resseguro sem a devida autorização, no País ou no exterior, ficam sujeitas à pena de multa igual ao valor da importância segurada ou ressegurada.

Art. 113. As pessoas naturais ou jurídicas que realizarem operações de capitalização, seguro, cosseguro ou resseguro sem a devida autorização estão sujeitas às penalidades

administrativas previstas no art. 108, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros, aumentadas até o triplo.
(Redação dada pela Lei nº 13.195, de 2015)

Como é sabido, as características do contrato típico de seguro são as seguintes: a) bilateral ou sinaligmático; b) oneroso; c) aleatório; d) adesão. Tem por objeto “proteger a coisa, o risco ou interesse segurável” (In VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 707).

Como visto, a noção sobre o contrato de seguro “pressupõe a de risco, isto é, o fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de um dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso”, nos termos como o define Orlando Gomes, invocando a doutrina italiana de Messineo (In GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 505).

O arresto recorrido descreveu as atividades da demandada, de forma que, no âmbito do exame deste recurso especial, a tarefa será a verificação de correspondência entre a interpretação dada pelo eg. Tribunal de origem e a legislação federal tida como afrontada.

O produto disponibilizado pela recorrida se traduz em um típico contrato de seguro, conforme se verifica dos trechos abaixo transcritos do arresto impugnado, nos seguintes termos:

Em item específico denominado “dúvidas frequentes”, o sítio eletrônico da Ré também explica que o rateio significa a distribuição proporcional dos prejuízos cobertos pelo programa, tratando todos os associados como iguais, sem análise de perfil (fl. 55).

Às fls. 74/76, constam as coberturas e planos oferecidos (“proteção básica” e “proteção completa”), com diferenciais relativos a “seguro contra terceiros”, carro reserva e “fenômenos da natureza”. Em caso de furto ou roubo, o valor a restituir será aquele constante da tabela FIPE, na data do evento (fl. 74). À fl. 75, há previsão expressa do pagamento de “franquia” de R\$ 600,00.

Ora, essa descrição comprehende todas as características de um contrato de seguro de danos, já que é cobrada “franquia” e existe

cobertura diante de sinistros provocados por terceiros e por evento da natureza.

O próprio aresto recorrido, a seguir, consigna que se notam “evidentes semelhanças com os serviços oferecidos pelas seguradoras tradicionais, adotando-se, inclusive, idênticas nomenclaturas para institutos-chave de tal modalidade contratual, como franquia, seguro contra terceiros, coberturas, etc”.

Importante considerar que o mero fato de o valor a ser reembolsado, a título de prêmio, ao adquirente ser “tabelado”, não descaracteriza a condição de um típico seguro de danos, conforme lição autorizada da doutrina pátria:

O seguro de danos é parcial, se feito por soma inferior ao valor venal da coisa segurada. Em caso de sinistro, o segurador só responde pelos danos na proporção em que o valor efetivo da coisa segurada se acha em relação à quantia pela qual foi segurada, entendendo-se que ele próprio foi o segurador da parte restante. A redução decorre da chamada regra proporcional. (In GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511).

Dessa forma, penso não dever ser admitida a assertiva, constante do aresto recorrido, de que “na proteção automotiva promovida pela Associação Ré qualquer ‘garantia’ neste sentido, tanto que há até mesmo um valor limite para o veículo a ser protegido (R\$ 45.000,00, em 2009, cf. fl. 67, item 4 do art. 16, e R\$ 60.000,00, em 2011, cf. fl. 300, art. 14), cláusula em geral inexistente nos contratos típicos de seguro”.

É que o fato de tal cláusula não ser, supostamente, usual em contratos típicos de seguro, no caso de ser utilizada, isso não terá por consequência desnaturar essa modalidade contratual, inclusive por se tratar de uma espécie de seguro de dano parcial.

Nada obstante, o acórdão impugnado conclui não se tratar de atividade securitária a da parte recorrida, fiando-se no argumento de que a sociedade se constituiria em um “grupo restrito de ajuda mútua”, consoante os seguintes excertos:

Verifica-se, assim, a possibilidade da instituição de uma associação sem fins lucrativos, voltada para ajuda mútua de seus associados, com repartição de custos e benefícios

entre seus participantes, mediante rateio, e caracterizada pela autogestão, a qual não se confunde com o seguro capitalista oferecido pelas seguradoras convencionais, sujeitas à legislação específica.

Neste aspecto, observa-se que a preocupação da SUSEP, com a falta de garantia dos consumidores de que seus riscos serão efetivamente cobertos, não se sustenta. O mecanismo do contrato plurilateral envolve o conhecimento das condições do rateio das despesas verificadas entre os associados, como claramente explicitado no regulamento da associação(fls. 65/72). E estão todos cientes de que, quanto menor o número de associados, maiores serão as despesas a serem custeadas por todos, e vice-versa.

A ideia, evidentemente, é dividir os prejuízos com outras pessoas na mesma situação, em sistemática diversa daquela implementada pelas companhias seguradoras, em que o contrato celebrado entre segurado e segurador efetivamente obriga o segurador “a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos determinados” (art. 757, caput, do CPC).

[...]

Aliás, se o condutor de veículo automotor desejar garantias de que receberá pelo seu sinistro, caberá contratá-lo com a seguradora legalmente autorizada para tanto, e, para isso, pagará o preço correspondente, que contém embutidas todas as análises de riscos e as cautelas exigidas no mercado securitário. A associação Ré, porém, não fornece qualquer garantia de cobertura de risco, mas sim a possibilidade de rateio dos prejuízos já verificados entre os associados, em valor variável de acordo com o número de associados e o total dos prejuízos sofridos. Não entram no cálculo, portanto, complexas análises de riscos, típicas dos contratos de seguro convencionais.

Inviável, destarte, afirmar a ilegalidade de toda e qualquer associação de pessoas unidas com o objetivo de ratear despesas diversas, apenas para assegurar a lucratividade e a competitividade das companhias seguradoras convencionais, em evidente cerceamento da autonomia da vontade e da liberdade de associação.

No que se refere aos ditos seguros mútuos, a doutrina assim conceitua tal modalidade de proteção:

O seguro mútuo (mutual corporations), que não foi previsto pelo novo Código Civil, era o contrato que requeria a existência de uma sociedade de seguros mútuos (Dec.-Lei n. 2.063/40, arts. 14 e s.; Dec.-Lei n. 3.908/41; Dec.-Lei n. 4.608/42 - revogado pelo Decreto-Lei n. 8.934/46 -; Dec.-Lei n. 4.609/42; Dec.-Lei n. 7.377/45), pois nesta modalidade eram os próprios segurados que atuavam, concomitantemente, como seguradores e segurados, de tal forma que a responsabilidade pelo risco era compartilhada por todos os segurados, respondendo cada um pelo dano sofrido por qualquer deles.

[...]

O seguro mútuo era o contrato pelo qual várias pessoas se uniam por meio de estatutos para dividir danos que cada uma poderia ter, em razão de certo sinistro. (In DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 576).

Ocorre que, para que se pudesse reconhecer o estabelecimento de uma sociedade de seguro mútuo, conforme Maria Helena Diniz, “era o valor do seguro que determinava o valor das cotas de cada associado, levando-se em consideração a existência de riscos diferentes” (Op. cit., p. 577). Sendo assim, levar-se-ia em consideração “a idade de cada associado ao entrar para a sociedade, se incidisse sobre a vida; o maior ou menor perigo do lugar em que se encontravam os efeitos segurados, se se tratasse de seguro de bens materiais” (Op. cit., loc. cit.).

Não é o caso do produto disponibilizado pela parte recorrida, pois, pela própria descrição feita no aresto impugnado, existe em verdade o pagamento de “franquia”, além de que “constam as coberturas e planos oferecidos (‘proteção básica’ e ‘proteção completa’), com diferenciais relativos a ‘seguro contra terceiros’, carro reserva e ‘fenômenos da natureza’”. E ainda acrescenta que “em caso de furto ou roubo, o valor a restituir será aquele constante da tabela FIPE, na data do evento (fl. 74)”.

Ora, isso em nada equivale ao conceito de seguro de ajuda mútua, considerando os elementos aduzidos acima.

De sua parte, o art. 2º do Decreto-Lei n. 2.063/1940 consigna que “ficam excluídos do regime estabelecido neste decreto-lei o Instituto

de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias”.

Assim, no que concerne à caracterização da recorrida como “grupo restrito de ajuda mútua”, estabelecendo uma diferenciação entre “proteção automotiva”, mediante o rateio das despesas verificadas entre os associados, e o contrato típico de seguro regulado pelo art. 757 do Código Civil/2002, assim consignou o acórdão impugnado:

Evidentemente que, como em qualquer atividade, eventuais irregularidades na atuação, no rateio das despesas, nos demonstrativos contábeis, ou mesmo de sonegação fiscal, hão de ser fiscalizadas e punidas nas vias próprias. Não se pode, porém, presumir a ilegalidade da associação apenas com base nos seus objetivos de proteção automotiva dos associados, como quer a SUSEP. No que tange ao requisito da autogestão citado no enunciado supratranscrito, verifica-se que o estatuto da associação prevê a eleição da diretoria dentre os próprios membros da associação (artigos 33 e 34, fl. 100), mediante o preenchimento de requisito temporal de permanência como associado (art. 4º, fl. 107).

Aliás, é oportuna a referência ao termo de ajustamento de conduta – TAC celebrado entre diversas associações semelhantes à Ré (voltadas para proteção automotiva, fl. 322, art. 1º, II) e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo (fls. 321/326), em 2011, no qual se reconheceram as “novas tendências do mercado de consumo, em que as pessoas associam-se em grupos para buscarem novas alternativas e benefícios no mercado” (fl. 321), ali estabelecendo uma série de responsabilidades e descrição das atividades, com o intuito de assegurar a correta aplicação dos princípios do mutualismo (diluição do risco individual no risco coletivo).

Verifica-se, assim, a inexistência de qualquer ilegalidade na atuação da associação Ré, que não efetua contratos de seguro na modalidade típica albergada pelo Código Civil e pela legislação específica, como explicitado acima.

Com efeito, o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no que concerne à interpretação atribuída ao art. 757 do Código Civil/2002, dispõe que “a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”.

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

Aliás, tanto se trata de atividade que não encontra amparo na legislação atualmente vigente que a própria parte recorrida fez acostar aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo (e-STJ, fls. 789-811), a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade questionada nesta demanda.

Ora, tratasse de ponto consolidado na legislação pátria, não haveria necessidade de qualquer alteração legislativa, a demonstrar que o produto veiculado e oferecido pela recorrida, por se constituir em atividade securitária, não possui amparo na liberdade associativa em geral e depende da intervenção reguladora a ser exercida pela recorrente.

A questão desta demanda é que, pela própria descrição contida no arresto combatido, verifica-se que a recorrida não pode se qualificar como “grupo restrito de ajuda mútua”, dadas as características de típico contrato de seguro, além de que o serviço intitulado de “proteção automotiva” é aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados.

Por fim, algumas considerações são pertinentes no que diz respeito ao princípio da liberdade associativa (art. 5º, XVII, da CF/1988), em homenagem até mesmo ao parecer acostado aos autos, proferido pelo em. Min. Carlos Britto (e-STJ, fls. 1.008-1.036).

Em primeiro lugar, toda a argumentação desenvolvida no ilustrado parecer se coaduna com uma interpretação tipicamente constitucional, descabendo a esta Corte Superior, curadora da legislação federal, usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal na matéria. Não

é outro o entendimento assente na jurisprudência da Casa, em especial da Primeira e Segunda Turmas, conforme aresto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 1.032 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS. CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...]

III - O recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar a questão constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Magna.

[...]

VIII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.673.358/PB, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 19/4/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DAS AVALIAÇÕES. SÚMULA Nº 284 DO STF. JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DA EMBARGANTE. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. LEGALIDADE DA TAXA SELIC. ENTENDIMENTO ADOTADO NA

SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. CARÁTER CONFISCATÓRIO DAS MULTAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

5. Não é possível conhecer da alegada ofensa ao princípio constitucional do não-confisco no que tange às multas aplicadas, uma vez que tal alegação se lastrei em princípio e dispositivos constitucionais de análise reservada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário, de forma que não podem ser enfrentadas em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência da Corte Suprema.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.135.936/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 3/5/2018)

Em segundo lugar, ainda que disso não se tratasse, em sendo o produto comercializado típico contrato de seguro, como fundamentado acima, impõe-se a atuação da autarquia federal constituída para a regulação desse mercado privado, nos estritos termos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966.

Aliás, esse controle estatal tem razão de ser no fato de as seguradoras administrarem fundos comuns ou de poupança coletiva, exigindo do Estado especial atenção.

Nesse sentido, a doutrina pátria especializada assim consigna:

[...] as entidades seguradoras dependem de especial autorização estatal para que possam empreender a atividade. Nascem, diferentemente das sociedades empresárias em geral, balizadas por especial capacitação patrimonial e operam, cada ramo, cada região, cada nível de grandeza obrigacional, à medida que preencham rigorosos requisitos atinentes a capital e provisões que efetivamente possam oferecer solvência.

São, afinal, administradoras de fundos comuns ou fundos de poupança coletiva constituídos pela multidão de contribuições proporcionais (prêmios) prestadas por cada uma das economias individuais (segurados, estipulantes)

para um fim preciso: ao longo de período geralmente extenso., garantir predeterminados interesses expostos a riscos predeterminados. (In TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. - 2. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40).

Tais dispositivos legais, da forma como dirimida a controvérsia pela eg. Corte de origem, foram afrontados, uma vez que se retirou da esfera da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP a possibilidade de interferir na fiscalização e, claro, na exigência de adequação da associação requerida aos ditamos legais, quando o eg. Tribunal de origem julgou improcedente a demanda.

Não se está afirmando que a requerida não possa se constituir em “grupo restrito de ajuda mútua”, mas isso somente pode ocorrer se a parte se qualificar em conformidade com as regras do Decreto-Lei n. 2.063/1940 e legislação correlata, observando o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Com base nessas considerações, dou provimento ao recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP para julgar procedente o pedido, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

Parte dispositiva dos recursos

Ante o exposto, declaro prejudicado o exame do recurso especial interposto pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG; e conheço do recurso especial interposto pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0194359-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.616.359/RJ

Números Origem: 00149047020114025101
201151010149048
201302010023254

PAUTA: 19/06/2018

JULGADO: 21/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Darcy SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

A U T U A Ç Ã O:

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL
DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS,
PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE
SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES
PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN
BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE
MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE
SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE
PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO -
MG108900

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços - Concessão / Permissão / Autorização

S U S T E N T A Ç Ã O O R A L

Dr(a). KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, pela parte RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

Dr(a). ANDRE GUSTAVO BEZERRA E MOTA (ex lege), pela parte RECORRENTE:

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

Dr(a). RAUL CANAL, pela parte RECORRIDA: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA e OUTROS.

PRONUNCIAMENTO ORAL DA
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA,
Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

C E R T I D Ã O

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; julgou prejudicado o recurso da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1616359 - RJ (2016/0194359-4)

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO ARRESTO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O TEOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IMPROVIDOS.

1. A alegação de erro de julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridade,

contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão da parte ora embargante ao apontar suposto erro de julgamento é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o rejulgamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios. Precedentes do STJ.

3. Não se constatou a ocorrência de contradição, e todos os pontos indicados como omissos foram expressamente abordados no acórdão embargado, conforme excertos transcritos no voto.

4. Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC, ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas, sim, os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

5. Descabe a assertiva de omissão quanto à análise de dispositivos constitucionais, no caso, o art. 5º, XVII e XVIII, da CF, pois não compete ao STJ a análise de questões constitucionais, como, aliás, constou expressamente do acórdão embargado.

6. Embargos de declaração a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2021.

Ministro Og Fernandes
Relator

EDcl no RECURSO ESPECIAL N° 1.616.359 - RJ (2016/0194359-4)

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RELATÓRIO:

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de embargos de declaração opostos por Associação Mineira de Proteção e Assistência Automotiva e outros (e-STJ, fls. 1.258-1.272) contra acórdão que deu provimento ao recurso especial interposto por Superintendência

de Seguros Privados – Susep, para julgar procedente o pedido, restabelecendo a sentença de primeiro grau (e-STJ, fls. 1.212-1.242).

Os embargantes opõem embargos declaratórios com fulcro no art. 1.022 do CPC, por entenderem que, “no caso dos autos, entende a Embargante, permissa venia, que a decisão proferida no presente Recurso Especial mostrou-se contraditória quanto à não consideração da Embargante como “Grupo Restrito de Ajuda Mútua”.

Alegam que:

Nos trechos transcritos no presente acordão recorrido, está claramente demonstrando a natureza jurídica associativa com base na ajuda mútua de todos os associados, em que a diretoria da AMPLA, ora os demais réus eram apenas instrumento de autogestão e organização da entidade.

O próprio il. Relator do acórdão recorrido traz a questão da similitude entre os serviços prestados pela AMPLA e as seguradoras. VEJA BEM: SIMILITUDE!
[...].

Notória a distinção de cada uma, portanto, similitude não é igualdade/idêntico e sim análogo, pois ambas (associação de proteção veicular e seguradoras) tem como objeto o mesmo bem: veículo automotivo e a indenização pelo dano ou perda do mesmo. Nesses pontos há similitude, pois quanto aos demais não há.

Por fim, pedem o prequestionamento do art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal.

A parte embargada (Superintendência de Seguros Privados – Susep) protocolou contrarrazões aos aclaratórios (e-STJ, fls. 1.277-1.284), pugnando pelo não conhecimento dos embargos de declaração, ou, sucessivamente, pelo seu desprovimento.

O MPF manifestou-se opinando pela rejeição dos embargos de declaração (e-STJ, fls. 1.570-1.578).

É o relatório.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.616.359 - RJ (2016/0194359-4)

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO ARRESTO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O TEOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IMPROVIDOS.

1. A alegação de erro de julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridade,

contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão da parte ora embargante ao apontar suposto erro de julgamento é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o rejugamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios. Precedentes do STJ.

3. Não se constatou a ocorrência de contradição, e todos os pontos indicados como omissos foram expressamente abordados no acórdão embargado, conforme excertos transcritos no voto.

4. Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC, ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas, sim, os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

5. Descabe a assertiva de omissão quanto à análise de dispositivos constitucionais, no caso, o art. 5º, XVII e XVIII, da CF, pois não compete ao STJ a análise de questões constitucionais, como, aliás, constou expressamente do acórdão embargado.

6. Embargos de declaração a que se nega provimento.

VOTO:

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Penso que não assiste razão aos insurgentes. Explico.

Os embargantes opõem embargos declaratórios com fulcro no art. 1.022 do CPC, por entenderem que, “no caso dos autos, entende a Embargante, permissa venia, que a decisão proferida no presente Recurso Especial mostrou-se contraditória quanto a não consideração da Embargante como ‘Grupo Restrito de Ajuda Mútua’”.

Alegam que:

Nos trechos transcritos no presente acordão recorrido, está claramente demonstrando a natureza jurídica associativa com base na ajuda mútua de todos os associados, em que a diretoria da AMPLA, ora os demais réus eram apenas instrumento de autogestão e organização da entidade.

O próprio il. Relator do acórdão recorrido traz a questão da similitude entre os serviços prestados pela AMPLA e as seguradoras. VEJA BEM: SIMILITUDE!

[...].

Notória a distinção de cada uma, portanto, similitude não é igualdade/idêntico e sim análogo, pois ambas (associação de proteção veicular e seguradoras) tem como objeto o mesmo bem: veículo automotivo e a indenização pelo dano ou perda do mesmo. Nesses pontos há similitude, pois quanto aos demais não há.

Por fim, pedem o prequestionamento do art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição da República.

No concerce aos pontos elencados, o acórdão embargado foi claro ao não aceitar a caracterização da AMPLA como “Grupo Restrito de Ajuda Mútua”, ao entender, fundamentadamente, que ela se caracteriza como verdadeira seguradora. Vide os seguintes trechos:

Como é sabido, as características do contrato típico de seguro são as seguintes: a) bilateral ou sinalagmático; b) oneroso; c) aleatório; d) adesão.

Tem por objeto “proteger a coisa, o risco ou interesse segurável” (In VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 707).

Como visto, a noção sobre o contrato de seguro “pressupõe a de risco, isto é, o fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de um dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso”, nos termos como o define Orlando Gomes, invocando a doutrina italiana de Messineo (In GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 505).

O aresto recorrido descreveu as atividades da demandada, de forma que, no âmbito do exame deste recurso especial, a tarefa será a verificação de correspondência entre a interpretação dada pelo eg. Tribunal de origem e a legislação federal tida como afrontada.

O produto disponibilizado pela recorrida se traduz em um típico contrato de seguro, conforme se verifica dos trechos abaixo transcritos do aresto impugnado, nos seguintes termos:

[...].

Ora, essa descrição compreende todas as características de um contrato de seguro de danos, já que é cobrada “franquia” e existe cobertura diante de sinistros provocados por terceiros e por evento da natureza.

O próprio aresto recorrido, a seguir, consigna que se notam “evidentes semelhanças com os serviços oferecidos pelas seguradoras tradicionais, adotando-se, inclusive, idênticas nomenclaturas para institutos-chave de tal modalidade contratual, como franquia, seguro contra terceiros, coberturas, etc”.

Importante considerar que o mero fato de o valor a ser reembolsado, a título de prêmio, ao adquirente ser “tabelado”, não descaracteriza a condição de um típico seguro de danos, conforme lição autorizada da doutrina pátria:

[...].

Nada obstante, o acórdão impugnado conclui não se tratar de atividade securitária a da parte recorrida, fiando-se no argumento de que a sociedade se constituiria em um “grupo restrito de ajuda mútua”, consoante os seguintes excertos:

[...].

Ocorre que, para que se pudesse reconhecer o estabelecimento de uma sociedade de seguro mútuo, conforme Maria Helena Diniz, “era o valor do seguro que determinava o valor das cotas de cada associado, levando-se em consideração a existência de riscos diferentes” (Op. cit., p. 577). Sendo assim, levar-se-ia em consideração “a idade de cada associado ao entrar para a sociedade, se incidisse sobre a vida; o maior ou menor perigo do lugar em que se

encontravam os efeitos segurados, se se tratasse de seguro de bens materiais” (Op. cit., loc. cit.).

Não é o caso do produto disponibilizado pela parte recorrida, pois, pela própria descrição feita no arresto impugnado, existe em verdade o pagamento de “franquia”, além de que “constam as coberturas e planos oferecidos (‘proteção básica’ e ‘proteção completa’), com diferenciais relativos a ‘seguro contra terceiros’, carro reserva e “fenômenos da natureza”. E ainda acrescenta que “em caso de furto ou roubo, o valor a restituir será aquele constante da tabela FIPE, na data do evento (fl. 74)”.

Ora, isso em nada equivale ao conceito de seguro de ajuda mútua, considerando os elementos aduzidos acima.

De sua parte, o art. 2º do Decreto-Lei n. 2.063/1940 consigna que “ficam excluídos do regime estabelecido neste decreto-lei o Instituto de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias”.

Assim, no que concerne à caracterização da recorrida como “grupo restrito de ajuda mútua”, estabelecendo uma diferenciação entre “proteção automotiva”, mediante o rateio das despesas verificadas entre os associados, e o contrato típico de seguro regulado pelo art. 757 do Código Civil/2002, assim consignou o acórdão impugnado:

[...].

Com efeito, o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no que concerne à interpretação atribuída ao art. 757 do Código Civil/2002, dispõe que “a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”.

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

Aliás, tanto se trata de atividade que não encontra amparo na legislação atualmente vigente que a própria parte recorrida fez acostar aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo (e-STJ, fls. 789-811), a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade questionada nesta demanda.

[...].

A questão desta demanda é que, pela própria descrição contida no arresto combatido, verifica-se que a recorrida não pode se qualificar como “grupo restrito de ajuda mútua”, dadas as características de típico contrato de seguro, além de que o serviço intitulado de “proteção automotiva” é aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados (grifos acrescidos).

Registre-se que a alegação de erro no julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridate, contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão das partes embargantes, ao apontarem suposto erro no julgamento, é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o rejulgamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/ STJ. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSSÊNCIA DE OMISSÕES. EFEITOS INFRINGENTES. INVIALIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

1. A atribuição de efeitos infringentes, em sede de embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015.

2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt nos EAREsp 324.542/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/3/2017, DJe 21/3/2017.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. JUÍZO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NEGADO SEGUIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I. Embargos de Declaração opostos em 28/03/2016, a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 15/03/2016, na vigência do CPC/73.

II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, negando provimento ao Agravo Regimental, em face da impossibilidade de conhecimento de Embargos de Divergência em que os acórdãos confrontados foram proferidos em juízo de cognição distintos.

III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material - seja à luz do art. 535 do CPC/73 ou do art. 1.022 do CPC vigente -, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisum.

IV. Embargos de Declaração rejeitados.
(EDcl no AgRg nos EAREsp 667.287/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/5/2016, DJe 2/6/2016.)

Adoto, ainda, as seguintes razões contidas no parecer do MPF (e-STJ, fls. 1.570-1.578):

Como se vê, não há omissão ou contradição no acórdão que não aceitou a caracterização da embargante como “mero grupo de ajuda mútua”, ao entender, fundamentadamente, que a mesma caracteriza-se como verdadeira seguradora. Ademais o Tribunal não está obrigado a pronunciar-se sobre mero projeto de lei a respeito da matéria, que ainda não entrou no mundo jurídico.

É nítida a intenção dos embargantes de obterem, por via oblíqua, o re julgamento da causa, o que é inviável em embargos de declaração, consoante o disposto no art. 1022, II, do CPC/2015.

Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC, ao dispor que “*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas, sim, os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

Por fim, descabe a assertiva de omissão quanto à análise de dispositivos constitucionais, no caso, o art. 5º, XVII e XVIII, da CF, pois não compete ao STJ a análise de questões constitucionais, como, aliás, constou expressamente do acórdão embargado:

Em primeiro lugar, toda a argumentação desenvolvida no ilustrado parecer se coaduna com uma interpretação tipicamente constitucional, descabendo a esta Corte Superior, curadora da legislação federal, usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal na matéria. Não é outro o entendimento assente na jurisprudência da Casa, em especial da Primeira e Segunda Turmas, conforme aresto abaixo (grifos acrescidos): [...]

Em suma, inexistiu contradição ou omissão do aresto embargado, sendo que a pretensão das partes ora embargantes é, tão somente, manifestar dissenso, o que não é cabível em embargos de declaração.

Ante o exposto, portanto, nego provimento aos embargos de declaração, mantendo íntegro o julgado embargado.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - SEGUNDA TURMA

EDcl no REsp 1.616.359 / RJ

Número Registro: 2016/0194359-4

Números Origem: 00149047020114025101
201151010149048
201302010023254

PAUTA: 02/02/2021

JULGADO: 02/02/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

A U T U A Ç Ã O:

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO -
MG108900

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E
OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Serviços - Concessão / Permissão / Autorização

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE
PROTECAO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS
NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA
COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO -
MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL
DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS,
PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE
SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES
PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN
BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE
MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE
SEGUROS PRIVADOS

C E R T I D Ã O

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

**EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1616359 - RJ
(2016/0194359-4)**

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO
E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS
EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA
E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO -
CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA
DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI
DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S)
- RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS
PRIVADOS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO NO ARRESTO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O TEOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESCABIMENTO. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A alegação de erro de julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridade, contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão da ora embargante ao apontar suposto erro de julgamento é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o rejulgamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.
2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios. Precedentes do STJ.
3. Não se constatou a ocorrência de contradição, e todos os pontos indicados como omissos foram expressamente abordados no acórdão embargado, conforme excertos transcritos no voto.
4. Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV do CPC/2015, ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas sim os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

5. O recurso é meramente protelatório, porquanto o intuito de parte é procrastinar o feito, devendo ser aplicada a multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

6. Embargos de declaração rejeitados, com a aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

A C Ó R D Ã O:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, accordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2021.

Ministro Og Fernandes
Relator

**EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1616359 - RJ
(2016/0194359-4)**

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS,

PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO NO ARRESTO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O TEOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESCABIMENTO. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A alegação de erro de julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridade, contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão da ora embargante ao apontar suposto erro de julgamento é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o rejulgamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.
2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios. Precedentes do STJ.
3. Não se constatou a ocorrência de contradição, e todos os pontos indicados como omissos foram expressamente abordados no acórdão embargado, conforme excertos transcritos no voto.
4. Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV do CPC/2015, ao dispor que “não se considera fundamentada

qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas sim os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

5. O recurso é meramente protelatório, porquanto o intuito de parte é procrastinar o feito, devendo ser aplicada a multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

6. Embargos de declaração rejeitados, com a aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

RELATÓRIO:

Trata-se de segundos embargos de declaração opostos por ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA E OUTROS (e-STJ, fls. 1.680-1.686) contra acórdão que deu provimento ao recurso especial interposto por SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP, para julgar procedente o pedido, restabelecendo a sentença de primeiro grau (e-STJ, fls. 1.212-1.242).

Os embargantes opõem embargos declaratórios com fulcro no art. 1.022 do CPC, por entenderem que, “*no caso dos autos, entende a Embargante, permissa venia, que a decisão proferida no presente Recurso Especial mostrou-se contraditória quanto a não consideração da Embargante como “Grupo Restrito de Ajuda Mútua”.*

Alegam que:

Conforme tratado no Embargo de Declaração em face da decisão do Recurso Especial os Nobres julgadores tratam da questão com semelhanças entre seguro e associação, mas semelhança não tem igualdade de gêneros.

O próprio il. Relator do acórdão recorrido traz a questão da similitude entre os serviços prestados pela AMPLA e as seguradoras. VEJA BEM:

(...).

Outra omissão está estampada quanto a não caracterização da AMPLA em Grupo Restrito de Ajuda Mútua. Várias foram as demonstrações de obscuridade, contraditarão e omissão quanto a questão do não enquadramento da AMPLA como grupo restrito de ajuda mútua, mas não foi tratado no referido acórdão recorrido.

Como foi bem tratado no acórdão do recurso de apelação, a AMPLA é caracterizada com Grupo Restrito de Ajuda Mútua, pois não comercializa seu produto conforme é feito pelas seguradoras. Os associados chegam a AMPLA através de indicações de outros associados e assim vão formando o grupo de mutualismo e rateio dos prejuízos causados.

A parte embargada (SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP), protocolou contrarrazões aos embargos de declaração (e-STJ, fls. 1.696-1.698), pugnando pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO:

Penso que não assiste razão ao embargante. Explico.

Os embargantes opõem embargos declaratórios com fulcro no art. 1.022 do CPC, por entenderem que, “*no caso dos autos, entende a Embargante, permissa venia, que a decisão proferida no presente Recurso Especial mostrou-se contraditória quanto a não consideração da Embargante como “Grupo Restrito de Ajuda Mútua”*”.

Alegam que:

Conforme tratado no Embargo de Declaração em face da decisão do Recurso Especial os Nobres julgadores tratam da questão com semelhanças entre seguro e associação, mas semelhança não tem igualdade de gêneros.

O próprio il. Relator do acórdão recorrido traz a questão da similitude entre os serviços prestados pela AMPLA e as seguradoras. VEJA BEM:
(...).

Outra omissão está estampada quanto a não caracterização da AMPLA em Grupo Restrito de Ajuda Mútua.

Várias foram as demonstrações de obscuridade, contraditório e omissão quanto a questão do não enquadramento da AMPLA como grupo restrito de ajuda mútua, mas não foi tratado no referido acórdão recorrido. Como foi bem tratado no acórdão do recurso de apelação, a AMPLA é caracterizada com Grupo Restrito de Ajuda Mútua, pois não comercializa seu produto conforme é feito pelas seguradoras. Os associados chegam a AMPLA através de indicações de outros associados e assim vão formando o grupo de mutualismo e rateio dos prejuízos causados.

Salta aos olhos a repetição quase literal dos argumentos suscitados nos primeiros embargos de declaração (e-STJ, fls. 1.258-1.272) e já rejeitados às e-STJ fls. 1.667-1.678.

No que pertine aos pontos elencados, o acórdão embargado foi claro ao não aceitar a caracterização da AMPLA como “*Grupo Restrito de Ajuda Mútua*”, ao entender, fundamentadamente, que ela se caracteriza como verdadeira seguradora. Vide os seguintes trechos:

Como é sabido, as características do contrato típico de seguro são as seguintes: a) bilateral ou sinaligmático; b) oneroso; c) aleatório; d) adesão.

Tem por objeto “proteger a coisa, o risco ou interesse segurável” (In VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 707).

Como visto, a noção sobre o contrato de seguro “pressupõe a de risco, isto é, o fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de um dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso”, nos termos como o define Orlando Gomes, invocando a doutrina italiana de Messineo (In GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 505).

O arresto recorrido descreveu as atividades da demandada, de forma que, no âmbito do exame deste recurso especial, a tarefa será a verificação de correspondência entre a interpretação dada pelo eg. Tribunal de origem e a legislação federal tida como afrontada.

O produto disponibilizado pela recorrida se traduz em um típico contrato de seguro, conforme se verifica dos trechos abaixo transcritos do aresto impugnado, nos seguintes termos:

(...).

Ora, essa descrição comprehende todas as características de um contrato de seguro de danos, já que é cobrada “franquia” e existe cobertura diante de sinistros provocados por terceiros e por evento da natureza.

O próprio aresto recorrido, a seguir, consigna que se notam “evidentes semelhanças com os serviços oferecidos pelas seguradoras tradicionais, adotando-se, inclusive, idênticas nomenclaturas para institutos-chave de tal modalidade contratual, como franquia, seguro contra terceiros, coberturas, etc”.

Importante considerar que o mero fato de o valor a ser reembolsado, a título de prêmio, ao adquirente ser “tabelado”, não descaracteriza a condição de um típico seguro de danos, conforme lição autorizada da doutrina pátria:

(...).

Nada obstante, o acórdão impugnado conclui não se tratar de atividade securitária a da parte recorrida, fiando-se no argumento de que a sociedade se constituiria em um “grupo restrito de ajuda mútua”, consoante os seguintes excertos:

(...).

Ocorre que, para que se pudesse reconhecer o estabelecimento de uma sociedade de seguro mútuo, conforme Maria Helena Diniz, “era o valor do seguro que determinava o valor das cotas de cada associado, levando-se em consideração a existência de riscos diferentes” (Op. cit., p. 577). Sendo assim, levar-se-ia em consideração “a idade de cada associado ao entrar para a sociedade, se incidisse sobre a vida; o maior ou menor perigo do lugar em que se encontravam os efeitos segurados, se se tratasse de seguro de bens materiais” (Op. cit., loc. cit.).

Não é o caso do produto disponibilizado pela parte recorrida, pois, pela própria descrição feita no aresto impugnado, existe em verdade o pagamento de “franquia”, além de que “constam as coberturas

e planos oferecidos ('proteção básica' e 'proteção completa'), com diferenciais relativos a 'seguro contra terceiros', carro reserva e 'fenômenos da natureza"'. E ainda acrescenta que "em caso de furto ou roubo, o valor a restituir será aquele constante da tabela FIPE, na data do evento (fl. 74)".

Ora, isso em nada equivale ao conceito de seguro de ajuda mútua, considerando os elementos aduzidos acima.

De sua parte, o art. 2º do Decreto-Lei n. 2.063/1940 consigna que "ficam excluídos do regime estabelecido neste decreto-lei o Instituto de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias".

Assim, no que concerne à caracterização da recorrida como "grupo restrito de ajuda mútua", estabelecendo uma diferenciação entre "proteção automotiva", mediante o rateio das despesas verificadas entre os associados, e o contrato típico de seguro regulado pelo art. 757 do Código Civil/2002, assim consignou o acórdão impugnado:

(...).

Com efeito, o Enunciado n. 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no que concerne à interpretação atribuída ao art. 757 do Código Civil/2002, dispõe que "a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão".

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

Aliás, tanto se trata de atividade que não encontra amparo na legislação atualmente vigente que a própria parte recorrida fez acostar aos autos diversos informes a título de projetos de lei que estariam tramitando no Poder Legislativo (e-STJ, fls. 789-811), a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para permitir a atividade questionada nesta demanda.

(...).

A questão desta demanda é que, pela própria descrição contida no arresto combatido, verifica-se que a recorrida não pode se qualificar como “grupo restrito de ajuda mútua”, dadas as características de típico contrato de seguro, além de que o serviço intitulado de “proteção automotiva” é aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados. (grifou-se)

Registre-se que a alegação de erro no julgamento não é hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois, conforme o art. 1.022 do CPC, são oponíveis para sanar obscuridade, contradição; omissão ou para corrigir erro material. A pretensão da parte embargante ao apontar suposto erro no julgamento é, tão somente, manifestar dissenso e pedir o re julgamento de questão já decidida, o que não é cabível em embargos de declaração.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. EFEITOS INFRINGENTES. INVIABILIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

1. A atribuição de efeitos infringentes, em sede de embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015.
2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt nos EAREsp 324.542/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/3/2017, DJe 21/3/2017).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. JUÍZO DE

ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. JUÍZO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NEGADO SEGUIMENTO AO EMBARGO DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I. Embargos de Declaração opostos em 28/03/2016, a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 15/03/2016, na vigência do CPC/73.

II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, negando provimento ao Agravo Regimental, em face da impossibilidade de conhecimento de Embargos de Divergência em que os acórdãos confrontados foram proferidos em juízo de cognição distintos.

III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material - seja à luz do art. 535 do CPC/73 ou do art. 1.022 do CPC vigente -, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisum.

IV. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EAREsp 667.287/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/5/2016, DJe 2/6/2016).

Adoto, ainda, as seguintes razões contidas no parecer do MPF (e-STJ, fls. 1.570-1.578):

Como se vê, não há omissão ou contradição no acórdão que não aceitou a caracterização da embargante como “mero grupo de ajuda mútua”, ao entender, fundamentadamente, que a mesma caracteriza-se como verdadeira seguradora. Ademais o Tribunal não está obrigado a pronunciar-se sobre mero projeto de lei a respeito da matéria, que ainda não entrou no mundo jurídico.

É nítida a intenção dos embargantes de obterem, por via oblíqua, o rejulgamento da causa, o que é inviável em embargos de declaração, consoante o disposto no art. 1022, II, do CPC/2015.

Importante lembrar que o teor do art. 489, § 1º, inc. IV do CPC/2015, ao dispor que “*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocatória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”, não significa que o julgador tenha que enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas sim os argumentos levantados que sejam capazes de, em tese, negar a conclusão adotada pelo julgador.

Em suma, inexistiu qualquer contradição ou omissão do aresto embargado, sendo que a pretensão da ora embargante é, tão somente, manifestar dissenso, o que não é cabível em embargos de declaração.

Assim, a interposição destes aclaratórios demonstra o mero propósito de protelar o andamento do feito, eis que a parte apenas tenta, de forma absolutamente inadequada, suscitar suposta contradição, quando não expressa nenhum vício nesse sentido, mas mera discordância do acórdão embargado.

O regramento do CPC/2015, quanto a embargos de declaração dessa natureza, é claro:

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a

até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final. (grifou-se)

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, com a aplicação de multa à parte embargante no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa, a ser paga à parte embargada.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - SEGUNDA TURMA

EDcl nos EDcl no REsp 1.616.359 / RJ

Número Registro: 2016/0194359-4

Números Origem: 00149047020114025101
201151010149048
201302010023254

PAUTA: 06/04/2021

JULGADO: 06/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretaria

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

A U T U A Ç Ã O:

RECORRENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

RECORRENTE: SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS

RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

RECORRIDO: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

RECORRIDO: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

RECORRIDO: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços - Concessão / Permissão / Autorização

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AUTOMOTIVA

EMBARGANTE: GABRIELA PEREIRA DAS NEVES

EMBARGANTE: LUCIANA PEREIRA DA COSTA

EMBARGANTE: EDUARDO PEREIRA DA COSTA

ADVOGADO: RENATO DE ASSIS PINHEIRO - MG108900

EMBARGADO: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNSEG

ADVOGADOS: ANA PAULA GONÇALVES PEREIRA DE BARCELLOS - RJ095436, KARIN BASILIO KHALILI DANNEMANN, FELIPE MENDONÇA TERRA E OUTRO(S) - RJ179757

**EMBARGADO: SUPERINTENDÊNCIA DE
SEGUROS PRIVADOS**

C E R T I D Ã O

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.



JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Comentário à decisão do Tribunal Superior do Trabalho – TST no RRNº 11440–33.2016.6.09.0009, que manda aplicar a Prescrição Trabalhista ao Contrato de Seguro

Ricardo Bechara Santos¹

Resumo: O fato de a CF haver ampliado a competência material da Justiça do Trabalho para julgar questões relacionadas a empregado e empregador (*relação de emprego*) ou a trabalhador e empregador (*relação de trabalho*) – mesmo sem a natureza trabalhista de tais questões –, não autoriza a essa, de forma alguma, a julgar da maneira que lhe aprouver. Isto porque a competência que lhe fora assim conferida é meramente material, para julgar e não para legislar, o que significa dizer que as julgará nos *termos da lei*, como ressalvado pela própria Constituição, observando os elementos e fundamentos dos institutos jurídicos que lhe são próprios, como é o caso da *prescrição*, amplamente disciplinada e sedimentada no Código Civil, no Código Comercial e na própria Constituição, considerando que o fundamento da prescrição é sem dúvida constitucional. Assim como a justiça Estadual e a Justiça Federal, em suas respectivas competências materiais, estão autorizadas a julgar as questões que lhe são reservadas em lei, mas em absoluto respeito ao princípio da especificidade, isto é, cada qual na sua esfera de atuação poder julgar as matérias que lhe sejam submetidas, mas sem se arredar da disciplina já especificamente legislada em suas Leis e Códigos próprios. Isto, sob pena de inaceitável invasão à competência exclusiva do Poder Legislativo, menoscabo ao princípio da Segurança Jurídica e violação ao Princípio Constitucional Fundamental da Separação dos Poderes da República, fundamento do Estado Democrático de Direito, que confere ao legislativo a competência para legislar e ao judiciário para julgar consoante o já legislado. Pois só o legislativo, sem tautologia, tem a competência para legislar editando leis e atos normativos primários e, com base nelas, ao Judiciário para julgar. Este o resumo dos comentários aqui propostos.

¹ Consultor jurídico especializado em Direito de Seguros. Membro efetivo da Associação Internacional de Seguros – AIDA-Brasil. Autor das obras: Direito de Seguro no Cotidiano, Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria e Coletânea de Jurisprudência STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização. Coautor de diversas obras sobre seguro.

Abstract: The fact that the FC has extended the material jurisdiction of the Labour Court to judge issues related to employee and employer (employment relationship) or to worker and employer (labour relationship) - even without the labour nature of such issues - does not authorize it, in any way, to judge in any way it sees fit. This is because the competence thus conferred is merely material, to judge and not to legislate, which means that it shall judge them pursuant to the law, as provided for in the Constitution itself, observing the elements and foundations of the legal institutes that are specific to it, as is the case of the statute of limitations, which is widely regulated and sedimented in the Civil Code, in the Commercial Code and in the Constitution itself, considering that the basis of the statute of limitations is undoubtedly constitutional. Likewise the State Justice and the Federal Justice, in their respective material competence, are authorized to judge the matters reserved to them by law, but in absolute respect of the principle of specificity, that is, each one in its sphere of action may judge the matters submitted to them, but without moving away from the discipline already specifically legislated in their own Laws and Codes. This, under penalty of unacceptable invasion to the exclusive competence of the Legislative Power, breach to the principle of Juridical Security and violation to the Fundamental Constitutional Principle of the Separation of the Powers of the Republic, foundation of the Democratic State of Law, which grants to the Legislative the competence to legislate and to the Judiciary to judge according to what has already been legislated. Because only the Legislative, without tautology, has the competence to legislate by editing laws and primary normative acts and, based on them, the Judiciary to judge. This is the summary of the comments proposed herein.

Palavras-chave: Tribunal Superior do Trabalho. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Competência material. Relação de emprego. Relação de trabalho. Relação de consumo. Empregado. Empregador. Constituição Federal. Emenda Constitucional. Prescrição. Inalterabilidade de prazos prescricionais. Instituto de ordem pública. Norma cogente. Seguro de vida. Segurança jurídica. Estado Democrático de direito.

Keywords: Superior Labour Court. Supreme Court. Extraordinary appeal. Material jurisdiction. Employment relationship. Consumer relation. Employee. Employer. Federal Constitution. Constitutional amendment. Unalterability of limitation periods. Institute of public order. Cogatory norm. Life Insurance. Legal certainty. Democratic State of Law.

Sumário: 1 - Síntese da decisão. 2 - Comentários. 3 - A cura via Recurso Extraordinário ao STF, o guardião da Constituição. 4 - Considerações gerais e históricas sobre o instituto da prescrição. 5 - Nota sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. 6 - Conclusão. 7 - Referência bibliográficas.

1. Síntese da decisão

O entendimento que se extrai da decisão exarada pelo TST, no julgamento do RR Nº 11440, é o de que a prescrição trabalhista, pelo prazo de cinco anos, se aplicaria à pretensão sobre seguro de vida, pelo simples fato de que o benefício decorre do contrato de trabalho e que estava previsto em norma coletiva. Só por isso, a Quarta Turma do TST afastou a prescrição de um ano, aplicada à reclamação trabalhista em que um vigilante da Proforte S.A. discutia o direito ao recebimento de seguro de vida em grupo, após ser afastado por invalidez. Segundo a Turma, a contratação do seguro tem previsão em norma coletiva e, portanto, está vinculada ao contrato de trabalho. O vigilante arguiu que, em razão de um quadro depressivo atribuído às más condições de trabalho, foi aposentado por invalidez. Segundo ele, as convenções coletivas de trabalho garantiam, nessa situação, indenização ou seguro de vida, contratado pela Proforte com a Seguradora, na qualidade de estipulante empregador. Na reclamação trabalhista, ajuizada contra as duas empresas – a empregadora e a seguradora –, ele pedia o pagamento de R\$ 129 mil, calculado, conforme previsto no contrato de seguro, com base no seu salário.

A Seguradora, em sua defesa, sustentou que a prescrição a ser aplicada ao caso era a anual, prevista no artigo 206 do Código Civil, que trata da pretensão de segurados em relação às seguradoras. Segundo a empresa, considerando que o fato gerador do pedido (*o quadro depressivo*) havia ocorrido em agosto de 2013, o vigilante teria um ano, a contar dessa data, para ingressar com a pretensão, mas a ação só fora ajuizada em setembro de 2016. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) extinguiu o processo, por entender que, embora a ação se direcionasse às duas empresas, a pretensão dizia respeito à seguradora. Assim, a prescrição seria a de um ano.

O Relator do Recurso de Revista do empregado, ministro Guilherme Caputo Bastos, observou que o contrato de seguro de vida, previsto em norma coletiva e estabelecido em decorrência da relação de emprego, está intimamente interligado à relação jurídico-trabalhista firmada entre as partes. Por conseguinte, incide, no caso, o prazo de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, estipulado no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República. E pasmem, por unanimidade, a Turma determinou o retorno dos autos ao TRT, para o exame do recurso ordinário desprezando, por completo, o fato de que a ampliação da

competência material conferida pelo Art. 114 da CF à justiça obreira – e depois ampliada pela EC nº 45 –² para julgar questões atinentes à relação de trabalho, não lhe permite alterar os elementos que informam e conformam o instituto da prescrição estabelecidos no Código Civil.

2. Comentários

Permito-me comentar, manifestando minha enfática discordância a esta decisão do TST tão descabida que, com todas as vêniás e usando de expressão recorrente neste momento pandêmico que vivenciamos, padece de comorbidade judicante gravíssima, eis que, arvorando-se na competência para julgar questões de direito civil relacionadas a

2 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **I** as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **II** as ações que envolvam exercício do direito de greve, (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **III** as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **IV** os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **V** os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **VI** as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **VII** as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **VIII** a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **IX** outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § **1º** Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § **2º** Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § **3º** Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

contrato de trabalho, determinara a aplicação da prescrição trabalhista ao *seguro de vida*, majorando assim o seu prazo. E por isso legisla de forma manifestamente indevida sobre o instituto da *prescrição extintiva de direito da pretensão do segurado ao capital coberto pelo seguro de vida* disciplinado única, ampla e exclusivamente pelo Código Civil – também, quando seja o caso, pelo Código Comercial –, cujo prazo é, inexorável e desassombradamente, de um ano, esteja o contrato celebrado em qualquer espaço ou ambiente, seja em convenção coletiva, seja individual ou por estipulação do empregador em seguros coletivos, sob pena de flagrante violação ao princípio da legalidade.

Eis que, a competência excepcional, dada à justiça obreira pelo artigo 114 da CF em lista taxativa, não contempla, em nenhuma hipótese, modificação dos critérios e prazos relacionados à prescrição, tampouco em tema de seguro (*da mesma forma a qualquer outro instituto jurídico ou contrato regido por lei própria como, por exemplo, uma locação imobiliária relacionada a contrato de trabalho, se tiver que ser julgada pela justiça trabalhista haverá esta, obviamente, que exercer seu poder judicante consoante o disposto na lei do inquilinato, respeitando inclusive os prazos ali estabelecidos*), quer em relação à sua disciplina quer em relação aos prazos, conforme estabelecidos indelevelmente nos artigos 189 e seguintes do código civil (*no caso pelo seu artigo 206*). Até porque, como dito, a competência conferida à Justiça do Trabalho pela Carta Política é meramente material, sabido mais que a prescrição, seja extintiva ou aquisitiva de direitos, é instituto de ordem pública, e cogente, que não admite interpretação extensiva ou qualquer forma de adelgaçamento.

Nessas condições, concluiu com acerto a decisão recorrida (*Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região – PR, que extinguiu o processo em razão da prescrição anua estabelecida no Código Civil, como de outra forma não poderia ser*). No caso do TST nem se trata de decisão por interpretação, mas de gritante e descabida negativa de vigência de dispositivos do Código Civil, desautorizada e abusivamente rasgado pela justiça obreira.

Realmente, a Justiça do Trabalho, nos casos autorizados pela Carta Maior, pode sim julgar questões relacionadas ao contrato de trabalho que não sejam trabalhistas e isso não se nega, como, por exemplo, dano moral que, aliás, é previsto expressamente no mencionado artigo 114 da CF desde que observados os preceitos e fundamentos estabelecidos para o instituto da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, mas jamais para mudar a estrutura de institutos sedimentados em outros sistemas jurídicos próprios, como é o caso, repita-se à exaustão, da prescrição sediada no Código Civil.

Se a moda pega, estariam assistindo, por exemplo, os Tribunais Trabalhistas, no limbo de sua vocação paternalista e pouco ou nada técnica em outras matérias e temas, estranhos ao direito do trabalho e que demandam conhecimento mais especializado, também julgando, invasivamente, prazos e questões, digamos, relacionados ao direito tributário, ao direito penal, dentre outros, só pelo fato de guardar alguma relação com o contrato de trabalho. O descalabro que tal suscita, por si só, já demandaria uma revisão da decisão em comento.

3. A cura via Recurso Extraordinário ao STF, o guardião da Constituição

A propósito, entendo que a questão reuniria – ou reúne se ainda houver tempo – condições para ser levada ao Pretório Excelso por violação à CF, já que esta, ao conferir a mencionada competência excepcional à Justiça Trabalhista, não contempla tamanha violação pela justiça obreira, qual seja, a de modificar os institutos sedimentados no direito civil como é o caso da prescrição, mas apenas o de julgar questões não trabalhistas relacionadas ao contrato de trabalho. Cumpre assinalar, em rígida observância ao princípio constitucional fundamental da Separação dos Poderes da República, que a Constituição Federal, logo no pórtico de seus primeiros artigos, proclama como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que, de forma independente e harmônica, o Poder Legislativo legisle e o Poder Judiciário julgue em conformidade com as leis, jamais da maneira que melhor lhe aproprou.

Por isso, clara e flagrante se me parece a ofensa à Carta Maior da República, da qual o Supremo Tribunal Federal é seu guardião mor, cujo remédio heroico seria o Recurso Extraordinário, prescrito pela própria Constituição e cuja legitimidade, para tanto, seria da própria seguradora, que sucumbiu injusta e indevidamente perante o TST (*ver artigo 102 da Magna Carta: ... III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta constituição;*).

Cabe a propósito recordar, que o instituto da prescrição deve incidir em todos os campos do direito, pois como dito a prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em face da inércia de seu titular, durante certo tempo, como de há muito já ensinava ORLANDO GOMES³, ou, consoante NELSON NERY JÚNIOR⁴, uma causa extintiva da

³ Introdução ao Direito Civil, Forense, Rio.

⁴ Código Civil Anotado, RT, SP.

pretensão de direito material pelo seu não exercício *no prazo estipulado em lei própria*. Mas merece destaque a preleção de FÁBIO MEDINA OSÓRIO⁵, segundo o qual, *in litteris*,

Sem embargo, a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercé de ações judiciais por tempo e prazos indefinidos ou, o que é pior, perpétuos. Trata-se de uma garantia individual, porém com intensa transcendência social. As relações sociais necessitam de segurança e o direito busca, em um de seus fins, assegurar a estabilidade na vida das relações.... (in Direito Administrativo Sancionador, RT, SP).

Destarte, na medida em que se inclui na segurança jurídica constitucional que fundamenta o instituto da prescrição poder de o jurisdicionado, sem dúvida alguma, contar com os prazos estabelecidos na lei específica, jamais poderia ficar à mercé de julgadores que imaginam poder estabelecer prazos e condições de prescrição ao seu bel entender, ignorando a disciplina das leis próprias. E se se trata, portanto, de um direito de ordem pública, positivado de modo cogente, fundado em princípio constitucional, sua violação poderia mesmo ser objeto da proteção heroica de Recurso Extraordinário perante o STF.

4. Considerações gerais e históricas sobre o instituto da prescrição

Em sendo a prescrição protagonista destes comentários, não seria demais expandir um pouco mais as considerações sobre ela, até para melhor ilustrar a quanto equivocada se mostra a decisão do TST.

Com efeito, o instituto da prescrição está presente no direito e na legislação de todos os povos, desde os primeiros tempos de Roma, como nos informa CÂMARA LEAL⁶, sendo inegável a sua transcendente importância, notadamente para a instituição do seguro que, pelos seus sistemas próprios de constituição de reservas e provisões técnicas, necessita contar, sobremaneira, com certa limitação temporal definida em lei para as demandas e pretensões dos segurados, de modo que a mutualidade gerida pelo segurador não fique à deriva de uma infinita e dispendiosa manutenção. Por isso, a prescrição é, como dito e redito,

⁵ Direito Administrativo Sancionador, RT, SP.

⁶ Da Prescrição e Decadência, Forense, pág. 22.

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

Realmente, a inércia é fenômeno subjetivo e muitas vezes voluntário, enquanto o tempo é fenômeno objetivo. Ambos, porém, como fenômenos extintivos, ou aquisitivos, de direitos, ganham o caráter de fatos jurídicos que, na definição de SAVIGNY, mostrada por Câmara Leal⁷, são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem.

Daí a chamada *prescrição liberatória ou extintiva* que no caso mais interessa ao presente estudo, e que se contrapõe à *prescrição aquisitiva*, de que é exemplo a de usucapião, pois enquanto a prescrição extintiva libera o devedor, a prescrição aquisitiva importa na aquisição de direitos em face do decurso do tempo sem contestação. Como disse o jurista argentino AMADEO SOLER ALEU⁸: *La prescripción es una excepción o defensa para repeler una acción pelo solo hecho de quien la entabla há dejado durante um lapso de intentaria o de ejercer el derecho al cual ella se refiere.*

A doutrina vem, ao longo do tempo, mostrando os motivos determinantes da legislação criadora da prescrição. Dentre outros, os seguintes, que revelam a evidente procedência e utilidade do instituto: (a) o da ação destruidora do tempo (COVIELLO); (b) o do castigo à negligência (SAVIGNY); (c) o da presunção de abandono ou renúncia (M.I. CARVALHO DE MENDONÇA); (d) o da presunção de extinção do direito (COLIN & CAPITANT); (e) o da proteção ao devedor (VAMPRÉ e CARVALHO SANTOS); (f) o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas (BAUDRY, & TISSIER, LAURENT, PLANIOL & RIPERT, COLIN & CAPITANT, BELTJJENS, CHIRONI & ABELLO, COLMO, PUGLIESE, BARASSI, RUGIERO e muitos outros)⁹.

Dentre as justificativas da prescrição acima apontadas, deve-se de logo afastar aquela que se baseia no fato de que seria referido instituto uma forma de punição pela inércia do interessado, e que não haveria

⁷ Obra citada.

⁸ Direito de Seguro no Novo Código Civil - Ricardo Bechara Santos, Forense - Rio, 2^a edição, pg. 461.

⁹ Obra acima citada, pg.759.

fundamento lógico no fato de alguém ser punido apenas por não exercer um direito seu.

De mais força, a meu ver, seria a justificativa filiada à necessidade de pacificação social, considerando que as relações jurídicas não podem nem devem, de forma alguma, ficar pendentes de solução indefinidamente, somando-se daí a que se baseia na segurança jurídica, na necessidade da estabilidade das instituições, sendo oportuno afirmar, com CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA¹⁰, que

o direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito; mas se ele se mantém inerte por certo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e esse interesse justifica o instituto da prescrição em sentido genérico.

Portanto, sendo a *segurança jurídica* fundamento maior da prescrição, é muito mais forte que qualquer eventual evocação do tão decantado princípio da *função social* do contrato, por mais penoso que se possa imaginar a situação daquele que se vê privado de um direito pelo simples decurso de prazo, mesmo em se tratando de contratos impregnados desse princípio, o da socialidade. Afinal, trata-se de extinção de um direito cavada pela própria inércia de seu titular.

Realmente, num Estado Democrático de Direito, gravita a ordem jurídica em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Para realizar a *justiça*, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promovê-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao Judiciário, o respeito a princípios como o da isonomia, o da irretroatividade das leis etc.

A *segurança*, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que, decerto, não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica

¹⁰ Ib idem.

que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas. Em nome da *segurança jurídica*, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada.

É nessa mesma ordem de ideias, como lembra o professor LUÍS ROBERTO BARROSO¹¹, hoje ministro do STF, que se firmou e difundiu o conceito de prescrição, vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo. Acrescenta que essa visão é amadurecida e incontroversa, e não apenas na doutrina publicista. SAN TIAGO DANTAS¹², com densa simplicidade, resumiu o conhecimento convencional:

Esta influência do tempo, consumido pelo inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmonos. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode. De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta.

Pode-se daí afirmar, sem quaisquer rebuços de dúvidas, já que em qualquer dos campos do direito a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral e constitucional da segurança das relações jurídicas, que é ela uma regra absoluta, enquanto a imprescritibilidade é situação excepcionalíssima, valendo a propósito conferir com os magistérios, respectivamente, de PONTES DE MIRANDA e CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA: *A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional¹³; A prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade a exceção¹⁴.*

¹¹ Direito de Seguro no Novo Código Civil - Ricardo Bechara Santos, Forense - Rio, 2^a edição, pg. 760.

¹² Programa de Direito Civil, Parte Geral, 1977, p. 397/8.

¹³ Tratado de Direito Privado, Vol. 6, §§ 666, p. 127.

¹⁴ Instituições de Direito Civil, Vol. 1, p.147.

Tudo isso, como se vê, independentemente das condições pessoais ou econômicas do presribente e do titular da pretensão, pessoas físicas ou jurídicas, mesmo que o presribente seja um devedor, por exemplo, que tomou um empréstimo do credor e não pagou, ou, ainda, que seja alguém que se apossou de um bem do titular de um direito de propriedade. Nem por isso a prescrição, ao extinguir o direito do credor ou do proprietário, importará em ato expropriatório, por exemplo. Nessa senda, nem mesmo a tão decantada função social do contrato, como dito, poderia, legitimamente, se sobrepor à força dos fundamentos que presidem o instituto da prescrição.

De fato, tendo como escopo extinguir as pretensões, por conseguinte as ações delas decorrentes, cabe repisar que o instituto da prescrição foi criado como medida de ordem pública, visando à estabilidade do direito, e para que as relações não viessem a se perpetuar, liberando as pessoas de seus compromissos para que não restem aguilhoadas pelo tempo. Efetivamente, desde as lições, primordiais, primigêrias, de LUDWIG ENNECERUS, *a prescrição serve à segurança geral do direito e à paz jurídica, as quais exigem que se ponha um limite às pretensões jurídicas envelhecidas. Sem a prescrição ninguém estaria a coberto de pretensões sem fundamentos ou extintas se, como frequentemente é inevitável, houvesse perdido no curso do tempo os meios da prova para sua defesa.* É certo que o instituto pode vir a favorecer o devedor inadimplente, mas, ainda que possa eventualmente servir à contrariedade do justo, seus benefícios sociais o justificam plenamente.

E cada vez mais curtos são e devem ser os prazos de prescrição, na medida em que a modernidade avança. A sociedade moderna vem imprimindo prazos até menores, encurtando-os tanto para extinguir direitos quanto para adquiri-los, ao contrário da legislação do Baixo Império Romano que admitia uma *praescriptio longissimi temporis*, de trinta ou quarenta anos, o que já representava na época uma evolução, porque antes não se admitia ponto de extinção de obrigações, nem de ações, por consequência de inação daquele que podia exercê-la, pois as ações, então, eram em geral perpétuas. Percebeu-se que o tempo, só, não podia nada criar e nada destruir, mas a ele dever-se-ia juntar outros elementos, variáveis em relação à prescrição (extintiva) e a usucapião (prescrição aquisitiva). Recorde-se que nesta se exige um elemento positivo – a posse – sob as condições determinadas em lei, e tem por efeito a aquisição da propriedade; naquela, há um elemento negativo – a inação – e seu efeito é extintivo.

A inércia do credor, consoante CARVALHO SANTOS, secundando CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁵, estabelece uma situação de dúvida que é condenada pela ordem jurídica, por isso a prescrição exprime o modo pelo qual a pretensão de direito se extingue, em vista do não exercício dele por certo lapso de tempo, por falta de ação de seu titular. O decurso do tempo é, pois, um dos acontecimentos naturais que maior influência exerce nas relações jurídicas, tal como algures mencionamos sobre como o tema evoluiu. Não sem olvidar que esse decurso de prazo é o delimitado pelo prazo prescricional estabelecido pelo Código Civil e, quando seja o caso, pelo Código Comercial ou por lei específica.

5. Nota sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45/04 está em vigor há mais de dezesseis anos e, apesar desse arco temporal, ainda existem dúvidas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho, sendo exemplo marcante disto a própria decisão do TST em comento.

Para que seja possível elucidar tais dúvidas, num primeiro momento, é mister analisar a criação da referida Emenda e as transformações no âmbito da Justiça do Trabalho, já que a nova redação dada ao artigo 114 da CF ampliou sensivelmente a competência material dela, mas não ao ponto de descambiar da legislação que rege os institutos jurídicos não trabalhistas nela referidos, ainda que relacionados ao contrato de trabalho. Para isso será necessário diferenciar e analisar as expressões: relação de emprego, relação de trabalho e relação de consumo.

Numa breve retrospectiva histórica, é sabido que, desde que o homem passou a viver em sociedade, o trabalho passou a ter grande relevância nas relações humanas. As primeiras leis com intuito de proteção ao trabalho surgiram com a revolução industrial da Inglaterra, que passou a implantar uma nova ordem econômica e social. Com a intervenção do Estado na relação de capital-trabalho, surgiu uma nova visão valorativa, reconhecendo os direitos sociais do trabalhador. No início do século XIX surgiram as primeiras leis trabalhista no Brasil, como reflexo do movimento sindical ocorrido na época. A Justiça do Trabalho foi prevista pela Constituição de 1934 mas, somente em 1939, foi efetivamente criada por meio do Decreto-Lei nº 1.237, sendo instituída em 1941. Em 1943 a legislação trabalhista esparsa foi reunida na CLT. Mas apenas em 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o poder judiciário, pois antes detinha apenas caráter administrativo.

¹⁵ Código Civil Brasileiro Interpretado”, 1934, vol. 3, pág. 72.

Com a edição da Constituição de 1988 os direitos trabalhistas passaram a estar elencados no capítulo “Dos direitos sociais”, sendo que nas Constituições anteriores tais direitos eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Mas na sua versão original, o artigo 114 da CF/88 definia a competência da Justiça do Trabalho para todas as lides que em seus polos figurassesem um trabalhador e um empregador. Finalmente, após quase 13 anos de tramitação foi aprovada e publicada em 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45, denominada de Reforma do Poder Judiciário, que teve como fundamentos a viabilização mais concreta da Justiça, buscando para isso reduzir a excessiva duração dos processos, a complexidade dos procedimentos judiciais e a falta de transparência na prestação jurisdicional, dando-se daí a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, de modo que passou a contemplar as relações de emprego e de trabalho.

Enquanto (I) a relação de emprego pode ser definida como relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado; (II) a relação de trabalho significa trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca, em caráter preponderantemente pessoal, de forma eventual ou não eventual, gratuita ou onerosa, de forma autônoma ou subordinada, sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade que desempenha. Já as relações de consumo estão fora do âmbito de competência da Justiça do Trabalho (*ver artigo 3º, § 2º do CDC*).

Na relação de consumo, o serviço prestado é episódico, exaure-se muitas vezes em um dia ou em algumas horas, e o consumidor que dele se utiliza o faz para satisfazer a uma necessidade própria, e não a uma atividade produtiva. Mas sempre lembrando que a competência material, conferida à Justiça Obreira, se colmata na jurisdição que é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, literalmente “dizendo o direito”, de forma a assegurar a ordem jurídica e proteger os interesses tutelados pela lei que rege cada instituto jurídico não trabalhista que seja relacionado ao contrato de trabalho, como é o caso, vale sempre repetir, da prescrição.

6. Conclusão.

Já em jeito de conclusão, permito-me encerrar estes comentários afirmando, sem trepidar mas com a devida vénia, que a mais alta Corte de Justiça Trabalhista do país, ante todo o exposto surfa, desajeitada,

nas ondas de uma esquálida e incompatível interpretação ao artigo 114 da Constituição Federal, provavelmente supondo que a ampliação da competência normativa da justiça obreira, advinda com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, houvesse lhe autorizado a julgar, como lhe aprouver, questões não trabalhistas relacionadas a contrato de trabalho, como é o caso da prescrição extintiva de pretensões de segurado contra segurador ao capital segurado coberto por seguro de vida, pelo prazo quinquenal da CLT e não pelo prazo ânuo de prescrição disciplinado no Código Civil.

ledo engano. Eis que, sendo a prescrição instituto de ordem pública hospedado na Lei Civil, com os prazos, condições e fundamentos ali sedimentados em seu habitat natural, não comporta, em nenhuma hipótese, modificações estabelecidas pela Justiça Trabalhista, mesmo a despeito de inserida em ambiente de relação de emprego ou de trabalho. Tampouco autoriza o TST a julgar pelo espírito comiserativo de proteger o trabalhador que se descurou do prazo prescricional a ponto de perder o direito ao seguro de vida estipulado por seu empregador, incidindo em inaceitável invasão à competência exclusiva do Poder Legislativo e em flagrante violação ao Princípio Constitucional Fundamental da Segurança Jurídica e ao da Separação dos Poderes da República, fundamento do Estado Democrático de Direito, que confere ao Legislativo a competência para legislar e ao Judiciário para julgar consoante o já legislado, pois só o Legislativo tem a competência para editar leis e atos normativos primários, e, com base nelas, ao Judiciário para julgar.

7. Referência bibliográficas.

Aleu, Amadeo Soler. Apud Ricardo Bechara Santos, em Direito de Seguro no Novo Código Civil -, Forense - Rio, 2^a edição, pg. 461.

Barroso, Luiz Roberto. Apud Ricardo Bechara Santos em Direito de Seguro no Novo Código Civil- Forense - Rio, 2^a edição, pg. 760.

Beviláqua, Clóvis. Apud Santos Carvalho, em Código Civil Brasileiro Interpretado, 1934, vol. 3, pág. 72.

Coviello; Savigny; M.I. Carvalho de Mendonça; Colin & Capitant; Vampré; Carvalho Santos; Baudry; & Tissier; Laurent; Planiol & Ripert; Colin & Capitant; Beltijjens; Chironi & Abello; Colmo; Pugliese; Barassi; Rugiero - Apud Ricardo Bechara Santos em Direito de Seguro no Novo Código Civil –, Forense - Rio, 2^a edição, pg. 759.

Dantas, San Tiago. Programa de Direito Civil, Parte Geral, 1977, p. 397/8.

Da Silva Pereira, Caio Mário. Instituições de Direito Civil, Vol. 1, p.147.

Da Silva Pereira, Caio Mário. Apud Ricardo Bechara Santos em Direito de Seguro no Novo Código Civil –, Forense - Rio, 2^a edição, pg. 759.

Ennecerus, Ludwig. Apud Ricardo Bechara Santos em Direito de Seguro no Novo Código Civil - Forense - Rio, 2^a edição.

Gomes, Orlando. Introdução ao Direito Civil, Forense, Rio.

Júnior, Nelson Nery. Código Civil Anotado, RT, SP.

Leal, Câmara. Da Prescrição e Decadência, Forense, pág. 22.

Miranda, Pontes. Tratado de Direito Privado, Vol. 6, §§ 666, p. 127.

Osório, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, RT, SP.

Santos, Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado, 1934, vol. 3, pág. 72.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg

- 1.** *O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.*
- 2.** *A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.*
- 3.** *Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.*
- 4.** *Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.*
- 5.** *As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.*

Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. Revista dos Tribunais, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. *Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:*

Doutrina - 10 a 30 laudas

Opinião - 05 a 15 laudas

Pareceres - 10 a 30 laudas

Legislação e Jurisprudência Comentada - 05 a 15 laudas

Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois.

7. *Os destaque no texto deverão ser feitos em itálico. É vedado o uso de negrito ou sublinhado.*

8. *Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de itálico e utilizando 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 Sihva. O Direito do Seguro no Mundo Contemporâneo. Disponível em www.umdoistres.org.br. Acesso em 29 de outubro de 2016.

11. *Os artigos deverão ser enviados para **revistajuridica@cnseg.org.br** bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.*

PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg

- 1.** *The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.*
- 2.** *The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.*
- 3.** *All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.*
- 4.** *All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.*
- 5.** *The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.*

Example: MARQUES, Cláudia Lima. Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce). São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. Journal of Courts, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:

Doctrine - 10 to 30 pages

View - 05 to 15 pages

Opinions - 10 to 30 pages

Legislation and Commented Jurisprudence – 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be either indents or spacing, before or after.

7. The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.

8. Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.

9. The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.

10. The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.

Example: ALVES, Luis Silva. The Rights of Insurance in the Contemporary World. Available in www.umdoistres.org.br Access in 29 of October of 2016.

11. The electronic address **revistajuridica@cnseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.

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

Chegamos ao sétimo ano da Revista Jurídica de Seguros e seu 14º número, ainda com sua editoração e publicação elaboradas, exclusivamente, em ambiente digital. Este número é composto por dezoito textos entre artigos e pareceres, trazendo, como sempre, as reflexões e teses de destacados pensadores do Direito sobre questões atuais que desafiam o setor dos seguros e a sociedade como um todo.

A abertura deste número se dá com as falas de cinco ministros do Superior Tribunal de Justiça, são eles: **João Otavio de Noronha, Paulo Tarso Sanseverino, Luis Felipe Salomão, Paulo Dias de Moura Ribeiro, Ricardo Villas Bôas Cueva e Luiz Alberto Gurgel De Faria**, palestrantes no III Seminário Jurídico de Seguros. Os temas abordados trouxeram a visão daquela corte sobre *Risco, mutualismo e segurança jurídica; Evolução jurisprudencial no STJ, invalidez e limites de cobertura; Saúde suplementar, judicialização e segurança jurídica; O rol de procedimentos da ANS, Seguro habitacional judicialização, competência e mediação, ramo 66, FCVS*.

Na seção de doutrina o artigo de **Maria Stella Gregory** sobre “*Taxatividade do Rol de Procedimentos*” completa a discussão sobre o assunto, seguido da “*Análise sistêmica da saúde complementar [...]*” por **Henrique Pires Arbache e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos**. Fecha a seção artigo de **Nicole Sanábio Einsfeld** com uma questão nova, a do “*O direito de regresso das seguradoras em face das concessionárias de distribuição de energia elétrica nos seguros de danos elétricos*”.

A seção de opinião traz o artigo de **Heitor Alves de Oliveira** sobre “*A revogação dos benefícios fiscais como Instrumento de Injustiça Tributária e Social*”, ao que se segue tema sempre atual sobre “*A validade do contrato de seguro de responsabilidade civil claims made*” por **André Brandão Nery Costa**. Sobre o momento presente temos “*O impacto da Covid-19 no âmbito dos contratos [...]*” por **Bruna Monteiro Bittencourt** e finalizando “*Seguro Ambiental: Aliado do Princípio do Poluidor-Pagador?*” por **Fabio Garcia Barreto**.

Merecem especial destaque os pareceres dos brilhantes juristas e mestres **Luiz Rodrigues Wambier** sobre “*Lei das ACPS*” e **Diogo Pereira Duarte e João Carlos de Gusmão** sobre “*Insurtech e Smart Contracts, reflexões sobre o seu regime jurídico e impacto no Direito dos Seguros*”

Fechando a edição, as seções de Legislação e Jurisprudência trazem respectivamente os artigos “*Um ano da Lei de Telemedicina*” por *Gloria Faria*, “*REsp 1.616.395- Exercício Irregular – Caso AMPLA – Acordãos do STJ*” organizado por **Glauce Carvalhal** e o “*Comentário à decisão do Tribunal Superior do Trabalho – TST no RR 11.440*” por **Ricardo Bechara Santos**.

Boa leitura!

