

MAIO 2022

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

16

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2022

16



CNseg

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2022 - NÚMERO 16



© 2022. Revista Jurídica de Seguros - *Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg*

Presidente

Dyogo Henrique de Oliveira

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. 16. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2022.

208 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

Começo este Editorial com uma observação proferida pelo novo Diretor Presidente da CNseg, Dyogo Henrique de Oliveira, conhecido nacionalmente pelos elevados cargos que ocupou na área econômica do Governo Federal: “é impressionante encontrar, aqui e agora, no setor de seguros, problemas que se arrastam há muitos anos e com os quais já lidava no antigo Ministério da Fazenda”.

É a pura verdade. São exemplos marcantes desses casos vetustos os problemas relacionados ao Seguro Habitacional do SFH e ao Seguro DPVAT, ambos com uma longa cauda de situações a resolver e que envolvem um conjunto expressivo de Seguradoras. De fato, as empresas do setor batalharam e ainda batalham incessantemente, com a ajuda da CNseg, em diversos fóruns, para enterrar esses esqueletos com o menor custo possível para elas e para a sociedade como um todo.

Mas o que esses temas têm em comum, a justificar a permanência de problemas irresolvidos? A mim parece que o principal motivo para a dificuldade de sair-se desses atoleiros institucionais e jurídicos reside no fato de esses seguros, ao contrário das apólices típicas de outros ramos, terem sido objeto de profundo envolvimento do Estado, em suas diferentes esferas de atuação. Essa intervenção maciça deu-se através da intensa regulação – naquilo que se designou como dirigismo contratual-, e por acionamento do Poder Judiciário por meio de miríades de ações engendradas por escritórios de advocacia que se “especializaram” na matéria (entendam as aspas como quiserem).

Iniciando estes breves comentários pelo Seguro Habitacional do SFH (SH/SFH), posso dizer que é matéria hoje centrada em questões alusivas a decisões do Poder Judiciário e às suas consequências (financeiramente graves) para as Seguradoras. Quero lembrar que esta Revista já publicou (RJS, vol.13), *in totum* e com comentários, o extenso e escorreito voto do Ministro Gilmar Mendes do Supremo sobre a competência da Justiça Federal para julgar os feitos que tratem do SH/SFH.

O referido voto foi aprovado por maioria no plenário do STF, constituindo, por ter reconhecida a sua repercussão geral, um facho de luz a aclarar as questões em jogo. A decisão ainda não transitou em julgado, mas se espera que venha a ser confirmada pelo Tribunal no julgamento dos embargos de declaração interpostos pelos tais escritórios de advocacia interessados. O assunto, ainda não concluído, continua provocando fortes dores de cabeça às Seguradoras, que são alvo das referidas ações judiciais.

Quanto ao Seguro DPVAT, trata-se de *imbráglio* mais complexo, ainda a gerar frequentes peripécias. Desenvolvo um pouco mais o assunto, neste Editorial, pelo fato de contarmos nesta edição com um incisivo artigo do Dr. Luiz Gustavo Bichara a respeito de aspecto central das controvérsias jurídicas que envolvem o Seguro: a natureza privada ou pública dos prêmios arrecadados no Seguro DPVAT.

Antes, porém, de cuidar do tema específico, relembro alguns breves antecedentes. Recentemente, ainda em 2020, houve um relevante desfecho atinente à gestão do DPVAT, qual seja a dissolução do Consórcio que operava, com relativo sucesso, esse seguro. Digo com relativo sucesso porque, de 2008 a até 2019, o Consórcio de Seguradoras que administrava o DPVAT pagou anualmente centenas de milhares de indenizações em todo o território nacional, no prazo regulamentar, mantendo grau de solvência adequado, mercê das provisões técnicas acumuladas (sei disso porque fui Presidente do Conselho de Administração da Seguradora Líder, que operava o seguro DPVAT, de 2008 até 2016).

Também se obteve, naquele período, importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça por meio de súmulas e decisões que reconheceram: como de três anos (contra 20 anos que então vigiam) o prazo de prescrição das ações de cobrança do seguro DPVAT; a validade da tabela de pagamento de indenizações de modo proporcional ao grau do dano físico causado pelo acidente de trânsito; que os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação (importante por reconhecer a natureza contratual do seguro).

Porém, o DPVAT mostrou-se vulnerável a fraudes, facilitadas pela regra – justificável no caso – de que as indenizações devem ser pagas às vítimas ou seus beneficiários independentemente da apuração da culpa do responsável pelo acidente de trânsito. Reconheça-se que erros de gestão foram cometidos, mas sem o vulto e a intencionalidade atribuídos por alguns, sendo quase todos decorrentes da complexidade do empreendimento e da sua governança necessariamente compartilhada. O que não parece justo nem juridicamente aceitável é que medidas de gestão adotadas à luz do direito empresarial privado sejam, a posteriori, examinadas sob o prisma do regime jurídico do direito público.

O ponto aqui é que algumas autoridades consideram agora que os recursos arrecadados pelo Seguro DPVAT são públicos! Ora, isso jamais havia sido antes sustentado, inclusive pelo TCU e Poder Judiciário, constituindo, se vingar, interpretação nova em substituição à que vigorava. E a que sempre vigorou é aquela adotada no acórdão da Segunda Seção do STJ referente ao Recurso Especial 1.483.620-SC, de relatoria do eminentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, submetido ao rito dos recursos repetitivos: *o Seguro DPVAT, embora obrigatório, é administrado pelas seguradoras em regime de direito privado, não se sujeitando, portanto, à legalidade estrita, típica do regime jurídico de direito público.*

Esse é o entendimento que, unissonamente, prevaleceu. Se outro vier a ser adotado, ressalte-se que é ponto pacífico, nos países onde impera o Estado de Direito, que a interpretação nova não pode retroagir, em atendimento ao princípio basilar da segurança jurídica, cristalizado nas leis vigentes no país (vide. art. 24 da Lei de Introdução ao Código Civil).

Mas nem só de questões do passado vive a Revista Jurídica de Seguros. Problemas novíssimos estão aqui expostos e comentados, a exemplo dos pareceres dos Juristas Gustavo Binenbojm e Tercio Ferraz integrantes desta edição. Por serem tão relevantes para a compreensão do momento atual de implementação do *Open Insurance* no setor de seguros, tais pareceres, aqui reproduzidos na íntegra, merecem leitura cuidadosa, inclusive das autoridades encarregadas de regular a matéria.

Sem a pretensão de resumir a extensa gama de razões jurídicas utilizadas nos dois pareceres, verifica-se que os dois excelentes trabalhos acabam por se complementar. Enquanto o pronunciamento do Dr. Tercio Ferraz externa uma visão mais panorâmica sobre aspectos sensíveis relacionados ao compartilhamento de informações no âmbito do *Open Insurance*, o do Dr. Binenbojm centra fogo na criação das “Sociedades Iniciadoras de Serviços de Seguros – SISS”, figura nova e esdrúxula criada por ato infralegal.

Apenas para dar uma pálida ideia do conteúdo de cada um dos pareceres, segue o que poderia ser uma sequência dos títulos de cada tema desenvolvido, a começar pelo texto da lavra do Dr. Tercio Ferraz: *questões relacionadas ao compartilhamento cogente de dados entre instituições privadas; violação do requisito da neutralidade estatal; o DL 73/66 enumera taxativamente as entidades do sistema; riscos do open insurance reconhecidos na Europa.*

Já em seu parecer, o Dr. Binenbojm aborda com profundidade e proficiência os seguintes temas: *impossibilidade de criação das SISS por ato infralegal; necessidade de motivação e ausência da AIR; vedação legal à criação de reserva de mercado; ausência de coordenação regulatória com a ANPD.*

Como se observa, há muito a discutir na implementação do *Open Insurance* no Brasil, inclusive por se tratar de experiência pioneira, ainda não implantada nos principais mercados de seguros do mundo. A RJS sente-se gratificada por trazer para as suas páginas os debates em curso acerca desse e de outros temas de grande atualidade.

E por falar em outros temas, esta edição traz, como de costume, bem-lançados artigos de conteúdo jurídico e comentários certeiros sobre a jurisprudência recente de interesse para o setor. Para não cansar os leitores com o rol de todos os temas apresentados, convido-os a degustar a totalidade desta e das demais edições da RJS (disponíveis no site da CNseg). Ao fazê-lo, rogo não esquecerem da leitura dos trabalhos sobre assuntos antigos do setor ainda pendentes, visando a que não prevaleça, no particular, a frase tristemente célebre do ex-Ministro Pedro Malan: “*no Brasil, até o passado é incerto...*”

Até breve!

Luiz Tavares

Consultor Jurídico

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho

5

Doutrina

Seguro DPVAT e seu prêmio – Considerações sobre a sua natureza privada e caráter social, superando a velha divisão entre direito público e direito privado
Luiz Gustavo A. S. Bichara, Francisco Carlos Rosas Giardina

e Fabio Ramos de Souza

12

A lógica da cláusula de depreciação no seguro de dano em caso de perda total, à luz do princípio indenitário

Ricardo Bechara Santos

25

Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos

Leonardo David Quintanilha de Oliveira

36

Opinião

Breves notas às infrações administrativas aos mecanismos de supervisão no mercado de seguros

Luiz Alfredo Paulin

78

Metaverso: algumas reflexões sobre esse (ainda) pouco conhecido mundo novo e suas possíveis relações e impactos nos seguros

Henrique Motta e Gloria Faria

95

A mediação extrajudicial como instrumento de transformação de conflitos na Saúde Suplementar

Kátia O'Donnell

101

Equilíbrio contratual nas relações securitárias

Rodrigo da Guia Silva

117

Índice

Parecer

Impossibilidade de criação das Siss por ato infralegal Gustavo Binenbojm	138
Riscos na implementação do <i>Open Insurance</i> no Brasil Tercio Sampaio Ferraz Junior	172

Jurisprudência Comentada

Comentário em contraponto à decisão do STJ no REsp nº 1.787.318 de que atropelamento por ônibus é acidente de consumo, mesmo não havendo vítimas entre os passageiros Ricardo Bechara Santos	196
---	------------





DOCTRINA

Seguro DPVAT e seu prêmio – Considerações sobre a sua natureza privada e caráter social, superando a velha divisão entre direito público e direito privado

Luiz Gustavo A. S. Bichara¹

Francisco Carlos Rosa Giardina²

Fabio Ramos de Souza³

I - Introdução

Resumo: Este artigo se propõe a (i) confirmar a natureza jurídica privada do Seguro DPVAT e dos prêmios arrecadados; (ii) demonstrar que o dirigismo estatal e a compulsoriedade de contratação são apenas mecanismos voltados a prestigiar a sua função social, possibilitando assistência universal às vítimas do trânsito, em linha com os ditames constitucionais; e (iii) esclarecer que os elementos anteriores não imputam a tal seguro uma natureza pública ou uma anômala natureza tributária, mesmo que parte do valor arrecadado seja repassado a órgãos da União (i.e., SUS e CONTRAN).

Abstract: This article aims to (i) confirm the private legal nature of the DPVAT Insurance and the insurance premiums collected; (ii) demonstrate that State imposition on the contract of such insurance and its terms are solely mechanisms used to enforce the importance of the social function and nature of such insurance, making effective the universal assistance to victims of traffic, in line with the constitutional rules; and (iii) to clarify that aforementioned elements do not attribute to it a public nature or allow it to be considered some sort of tax, even if part of the amounts collected are passed on to Union bodies (i.e., SUS and CONTRAN).

¹ Sócio fundador de Bichara Advogados. Procurador especial tributário do Conselho Federal da OAB. Presidente do Conselho Empresarial de Assuntos Jurídicos e Estratégicos da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ);

² Sócio de Bichara Advogados - área tributária. É o responsável pela unidade do Escritório em Brasília;

³Sócio de Bichara Advogados - área empresarial. MBA em Direito Societário pelo INSPER e em Seguros pela ENS; CPC-1 pela CNseg, Certificado em Corretagem de Seguros/SUSEP e em Resseguros/CII - *Chartered Insurance Institute of London*.

Palavras - chave: Seguro DPVAT - Seguro Obrigatório - Prêmios - Natureza Jurídica Privada - Caráter Social.

Keywors: DPVAT Insurance - Mandatory Insurance - Premium - Private Legal Nature - Social Nature.

Sumário:

I - Um breve histórico do Seguro DPVAT; II - Introdução e Exposição do Problema; III - Contextualização do Problema e Desenvolvimento; IV - Contrato Coativo de Natureza Privada, Composição do Prêmio e Confusão decorrente do Repasse de Receitas; V - Conclusão; e VI - Referências Bibliográficas.

I - Um breve histórico do seguro DPVAT

Na esteira da evolução automobilística e de transportes ocorrida no Brasil após a Segunda Guerra Mundial, bem como dos planos econômicos dos governos que sucederam tal período, observa-se um constante aumento da frota nacional de veículos em circulação e, como consequência, dos acidentes pessoais envolvendo esse modelo de transporte.

Nesse contexto, diante da relevância social em se buscar alternativas aos riscos a que está submetida a população em uma sociedade cada vez mais motorizada, o Estado brasileiro inspirado na experiência vinda do continente europeu, insere no bojo do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (que cria o Sistema Nacional de Seguros Privados) a figura dos seguros obrigatórios, apresentando dentre eles o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações ou por sua carga a pessoas transportadas ou não - que seria o embrião do que hoje conhecemos por Seguro Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres (“Seguro DPVAT” ou “DPVAT”).

Assim, desde a sua concepção era clara a sua função social do Seguro DPVAT, buscando minimizar parte dos impactos sociais trazidos pela motorizada modernização da sociedade.

Contudo, a despeito da mencionada relevância social, vale notar que desde o início a contratação de tal seguro obrigatório era realizada pelos segurados, segundo sua livre escolha, diretamente com seguradoras privadas atuantes no mercado, já demonstrando o caráter privado desse tipo de contratação e da arrecadação dele provinda, conforme dispunha a Resolução nº 1, de 3 de outubro de 1975, com base na Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

Ao longo do tempo essa forma de contratação se demonstrou ineficaz para atingir a função social inicialmente almejada e, com base nisso, após algumas alterações legais e regulatórias (como p.ex. as Resoluções CNSP⁴ nº 11/85, 06/86, 154/2006, 332/2015, a Resolução CONTRAN⁵ nº 664/86, as Lei nº 11.482/2007 e 11.945/2009 dentre outras) o Seguro DPVAT passou (i) a ser incluído no Documento Único de Trânsito (“DUT”) como parte do procedimento de licenciamento de veículos automotores; (ii) seu pagamento passou a ser exigido concomitantemente ao pagamento do Imposto de Veículos Automotores (“IPVA”); e (iii) seus recursos passaram a ser direcionados ao Consórcio DPVAT, administrado por uma “Seguradora Líder” e com a participação de outras seguradoras atuantes no mercado também como consorciadas.

II - Introdução e Exposição do Problema

Não é de hoje que se discute a questão da natureza pública ou privada dos prêmios arrecadados a título de Seguro DPVAT, sendo que, atualmente essa é uma discussão que não deveria sequer ocorrer, visto que ela é em larga medida afastada por questões prosaicas.

O fato de o Seguro DPVAT ter um caráter essencialmente social por si só não lhe confere natureza de direito público, menos ainda outorga ao Governo Federal qualquer título para extinguir o DPVAT e destinar os recursos acumulados nas provisões técnicas do Consórcio DPVAT a quem quer que seja, como ocorreu com a malsinada e já extirpada Medida Provisória nº 904, de 11 de novembro de 2019 (“MP 904/2019”).

III - Contextualização do Problema e Desenvolvimento

O parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.212/1991 prevê que

...as companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde- SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.

⁴ Conselho Nacional de Seguros Privados.

⁵ Conselho Nacional de Trânsito.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 78 do Código de Trânsito Brasileiro, cujo caput trata da implementação de programas destinados à prevenção de acidentes, dispõe que *o percentual de dez por cento do total dos valores arrecadados destinados à Previdência Social, do Prêmio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT, de que trata a Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, serão repassados mensalmente ao Coordenador do Sistema Nacional de Trânsito para aplicação exclusiva em programas de que trata este artigo.*

Nesse sentido, a forma como os recursos do DPVAT são repartidos está prevista no Decreto nº 2.867/98, que dispõe:

Art 1º O prêmio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - DPVAT será arrecadado pela rede bancária e repassado diretamente e sem qualquer retenção, do seguinte modo:

I - quarenta e cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado a crédito direto do Fundo Nacional de Saúde, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

II - cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado ao Departamento Nacional de Trânsito, por meio de crédito direto à conta única do Tesouro Nacional, para aplicação exclusiva em programas destinados à prevenção de acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 78 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997;

III - cinquenta por cento do valor bruto recolhido do segurado à companhia seguradora, na forma da regulamentação vigente.

De uma análise apressada desses dispositivos, é eventualmente possível alguém ser levado a acreditar que o Seguro DPVAT tenha natureza eminentemente pública. Contudo, tal conclusão não resiste a uma melhor análise.

É inegável a função social do Seguro DPVAT, pois o seu escopo é a proteção social da coletividade diante do crescente risco que deflui da circulação de veículos. Rafael Tárrega Martins teve a oportunidade de afirmar que *o seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres - DPVAT, diferentemente de outras espécies de seguro, é dotado de função social altamente relevante, sobretudo quando se analisa com requinte de detalhes os valores pertinentes a sua finalidade.*⁶

⁶ MARTINS, Rafael Tárrega. Seguro DPVAT – Seguro Obrigatório de Veículos Automotores de Vias Terrestres – 4^a Edição, Campinas/SP, 2009, Editora Servanda, p. 25.

Contudo, dessa função social do Seguro DPVAT não se pode deduzir tenha ele índole pública, inclusive para os hediondos fins a que a MP 904/2019 se propunha.⁷

Em que pese seja desnecessário dizer o óbvio, mas a dicotomia direito público e direito privado é algo que tende a ser uma peça de museu. Nos tempos atuais, não é mais possível pensar no direito privado totalmente livre de conceitos do direito público. A própria autonomia privada, sob uma premissa estrita, é algo hoje bastante discutível, inclusive diante da chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2005, no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em ordem constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em torno de liberdades fundamentais.

Com efeito, o desenvolvimento das relações humanas e empresariais clamou por um Estado não aprisionado a conceitos de direito público, imunes a críticas. O Estado social, no prisma da atuação do Estado na ordem econômica, migrou para um Estado regulatório, o que se prova pela privatização de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestavam serviços como água e luz. Assim, o Estado deixa de absorver um leque de atividades econômicas para agir por intermédio de um direcionamento dos agentes econômicos.

Essa constatação acerca da privatização de diversas atividades econômicas bem mostra a impossibilidade de aplicar, a essas relações entre o ente privado e o consumidor, regras de direito público.

O simples fato ou circunstância de um serviço ser considerado como de relevância social não o torna um serviço público. A Constituição Federal, em uma série de exemplos, evidencia que mesmo serviços de

⁷ A MP 904/2019 foi suspensa, em sede de cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6.262/DF, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin. Posteriormente, ela perdeu sua eficácia face o artigo 62, §3º da Constituição Federal.

enorme relevância, como saúde e educação, são livres à iniciativa privada e, claro, com o objetivo lucrativo.⁸

Novamente o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 2002, já afirmara que o exercício de atividades de natureza social por entes privados não lhes dá qualquer direito à imunidade tributária, mostrando que não se há de falar em natureza pública de algo que, conquanto relevante socialmente, seja deduzido entre entes privados. Disse-o o saudoso Ministro Maurício Correa no Recurso Extraordinário nº 202.700:

A CF assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no SUS, por meio de contrato ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF, art. 199, § 1º). Por outro lado, assentou balizas entre previdência e assistência social, quando dispôs, no art. 201, caput e I, que os planos previdenciários, mediante contribuição, atenderão à cobertura dos eventos ali arrolados; e no art. 203, caput, fixou que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por fim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, inferindo-se desse conjunto normativo que a assistência social está dirigida a toda a coletividade, não se restringindo aos que não podem contribuir. Vê-se, pois, que a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente, e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir à saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação. Por isso, se as entidades privadas se dispuseram a conferir aos seus filiados benefícios previdenciários complementares e os contratados assumiram a obrigação de pagar por isso, o exercício dessa faculdade não lhes assegura o direito à imunidade tributária constitucional, outorgada pelo legislador apenas às entidades que prestam assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social (CF, art. 203), como estímulo ao altruísmo dos seus instituidores.

Não por outro motivo, diversos doutrinadores têm falado em despatrimonialização e repersonificação do direito civil, como é alertado por Caio Mário da Silva Pereira:⁹

⁸ Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada; Artigo 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Volume I, 2007, Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 18.

os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito público, por faltar participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo, (...) inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.

Postas essas premissas, já se pode caminhar para a análise do caso concreto. Seguros obrigatórios - que assim se qualificam tão somente por uma preocupação do Estado na proteção de bens tidos por relevantes pela sociedade - não são e, em regra, jamais serão contratos públicos.

A relação que decorre do Seguro DPVAT é entre particulares (o segurado e a seguradora). Sua natureza de contrato coativo, é dizer, contrato que traz, em si, “o máximo de dirigismo contratual” (Sílvio Venosa), não o transmuda de um contrato privado para contrato público.

Mesmo nos contratos mais clássicos e imunes a essa discussão, como o de locação, todos eles têm uma função social a cumprir, qual seja, um adequado casamento entre interesses privados e os interesses da coletividade.

A questão que aqui se apresenta nos afigura bastante clara e de uma simplicidade solar. Decerto que a simples análise das partes contratuais não pode ser elemento suficiente para afirmar a natureza tal ou qual de um negócio jurídico. O que importa aqui salientar é a ausência de interesses estatais na relação contratual entre segurado e seguradora.

Pedro Alvim, no clássico “O Contrato de Seguro”, esclarece o seguinte:¹⁰

Seguro privado é o explorado pela iniciativa privada. Abrange os seguros individuais e alguns seguros obrigatórios, realizados sob a forma contratual, em que o segurado fica com a liberdade de escolher a seguradora. Alguns ramos de seguro podem ser explorados pelo seguro privado ou pelo seguro social. O seguro de acidentes do trabalho, por exemplo, foi transferido em nosso país da área privada para a área pública. Deixou de ser privado para ser social, enquanto em muitos países continua sendo um seguro privado, estipulado entre o patrão e a seguradora. Seria mais exato opor o seguro privado ao seguro público,

¹⁰ ALVIN, Pedro, O Contrato de Seguro, 2^a Edição, 1986, Rio de Janeiro, Editora Forense, pág. 76.

como pensam alguns autores. Por conveniência de natureza política ou da ordem econômica, o Estado passa a explorar determinados ramos de seguro ou chega mesmo a eliminar a iniciativa privada, como ainda acontece em nossos dias. O seguro se torna público ou estatizado. Difere do seguro social, porque mantém os mesmos processos do seguro privado, inclusive o de realização por meio de contratos individuais entre os segurados e a entidade pública.

Essa percepção de que o Seguro DPVAT, a despeito de sua índole social, envolve interesses patrimoniais entre particulares já é de longa data aceita pela jurisprudência.

Apenas como exemplo, pode ser mencionada, na seara criminal, a decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 47.745/PB, relatora a Ministra Laurita Vaz¹¹. Naquela decisão, fez ver a relatora que não *existe vinculação financeira imediata do SUS e DENATRAN com a ocorrência do sinistro e o pagamento das respectivas indenizações seja por morte, invalidez permanente ou despesas de assistência médica e suplementares.*

O Tribunal de Contas da União - TCU também não diverge desse entendimento. Com efeito, no acórdão da TC 030.283/2012-4, o Ministro Bruno Dantas afirmou que:

após analisar detidamente as características do seguro DPVAT, firmei a convicção de que sua operacionalização - que envolve, basicamente, a arrecadação dos prêmios e o pagamento das indenizações - constitui atividade eminentemente privada, sujeita à regulação e à fiscalização do Estado. Prossegue Sua Exceléncia:

27. O caráter compulsório de tais seguros não retira a sua natureza privada. Neste ponto, perfilho do entendimento esposado no parecer à peça 269, no sentido de que a aludida obrigatoriedade constitui expressão do fenômeno denominado “dirigismo contratual”, pelo qual o Estado, mediante contratos coativos, procura proteger os interesses da generalidade das pessoas.
(...)

30. Sendo assim, não obstante o caráter compulsório do seguro, entendo que a relação estabelecida entre os proprietários de veículos e as seguradoras é de natureza privada. Em consequência, não há como afastar a natureza também privada dos recursos envolvidos nessa relação, notadamente daqueles voltados para a operacionalização do seguro.

¹¹ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. FRAUDE PARA O RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÕES.

Por qualquer ângulo, portanto, que se analise a matéria, não é possível alcançar, como querem alguns, uma conclusão sobre a natureza pública do Seguro DPVAT.

Como já dito à saciedade, a relação entabulada nesse seguro - malgrada, frise-se bem, a natureza de contrato coativo que dele se reveste - se dá entre segurado e seguradora. Não há, na indenização do sinistro, que se falar em receitas públicas de quaisquer espécies.

IV - Contrato Coativo de Natureza Privada, Composição do Prêmio e Confusão decorrente do Repasse de Receitas

Reforçando o discurso já manifestado acima, sobre a óbvia natureza privada do Seguro DPVAT e dos recursos arrecadados por seu intermédio, Luiz Roberto Barroso esclarece que:¹²

Embora sejam obrigatórios e tenham como objetivo resguardar interesses sociais, esses seguros celebrados entre particulares são contratos de direito privado. A obrigatoriedade de contratação do seguro, com a imposição de pagamento do prêmio por parte do contratante, não o transforma em contrato de direito público. Com efeito, trata-se de uma relação entre partes privadas - a seguradora e o contratante do seguro (...) apenas que, por sua relevância (...) o legislador decidiu instituir o contrato coativo. (...) conformem que o os seguros obrigatórios, embora de contratação necessária, mantêm sua natureza privada. (grifamos)

SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. PREJUÍZO. SOCIEDADES SEGURADORAS CONVENIADAS. COMPETÊNCIA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. O interesse da União refere-se tão-somente ao pagamento do prêmio do Seguro Obrigatório, não possuindo vinculação com o sinistro e as respectivas indenizações seja por morte, invalidez permanente ou despesas de assistência médica e suplementares. 2. O suposto crime de estelionato para o recebimento de indenizações oriundas do Seguro Obrigatório - DPVAT prejudica as sociedades seguradoras conveniadas responsáveis pelo pagamento, nos termos da Lei n.º 6.194/74 e da Resolução n.º 109/2004, expedida pelo CNPS. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande/PB, ora suscitado.

¹²BARROSO, Luiz Roberto; In DPVAT: um seguro em evolução (O DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas - DPVAT: natureza jurídica dos recursos que o custeiam), Rio de Janeiro, Renovar, 2013, pp. 114-122.

Na obra supracitada, Ricardo Bechara Santos segue no mesmo sentido:¹³ *(t)ampouco lhe é retirada a natureza contratual, pois o DPVAT é e sempre foi contrato de seguro privado, apesar de seu modo próprio e todo especial de ser contratado(...).*

Portanto, se a natureza do Seguro DPVAT é privada outra não pode ser a classificação dos recursos arrecadados por meio de tal seguro a título de prêmio.

Nesse sentido o próprio TCU no Acórdão nº 3130/2011 categoricamente reconhece não ter competência para fiscalizar seguradoras que operam o Seguro DPVAT justamente em razão dos seus recursos e atividades serem privados:

Como conclusão, os recursos oriundos da comercialização de qualquer seguro, facultativo ou obrigatório, são eminentemente privados, propriedade da seguradora, que deve, entre outras obrigações utilizá-los para pagamento de indenizações, cobertura de reservas técnicas, e constituem sua fonte de lucro, já que a atividade é eminentemente empresarial.

Contudo, se é tão óbvia a natureza privada do DPVAT, de onde vem a confusão dos que cogitam a suposta natureza pública do referido seguro?

A resposta é simples e, na prática, decorre da conjunção (i) da amplitude do dirigismo contratual aplicado ao DPVAT, com (ii) a composição da precificação do prêmio comercial cobrado dos segurados na contratação compulsória do Seguro DPVAT.

Pelo lado do dirigismo contratual, temos que a contratação do DPVAT não só foi imposta pelo Estado, como por meio de lei também foi imposto que contratualmente 50% do prêmio comercial cobrado fosse tratado como receita do Estado e direcionado para o SUS (45%) e para o CONTRAN (5%) (“Parcela do Prêmio Destinada ao Estado”).

Fazendo uma pequena digressão aos conceitos básicos da técnica securitária, em especial no que se refere ao princípio da equivalência dos prêmios puros e indenizações, temos que o chamado prêmio comercial (valor cobrado dos segurados) em regra é composto por (i) prêmio puro (incluindo reservas e provisões técnicas) - que em tese, seguindo

¹³ SANTOS, Ricardo Bechara. In DPVAT: um seguro em evolução (O DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas - DPVAT: natureza jurídica dos recursos que o custeiam), Rio de Janeiro, Renovar, 2013, p. 172.

o princípio aplicável ao mutualismo e ao fundo mútuo administrado pela seguradora, devem (somados) ser suficientes para fazer frente às eventuais indenizações pagas em decorrência dos sinistros ocorridos; e (ii) o chamado prêmio de carregamento - onde é incluída fração correspondente a outros custos da atividade securitária, como por exemplo: comissões, taxas, despesas de subscrição, custos de regulação de sinistros, serviços agregados, despesas de gestão e operação, tributos, expectativa de lucro da seguradora etc.¹⁴

A literatura estrangeira ao tratar do tema, também segue no mesmo sentido:¹⁵

The insurance rate may be split into two parts: that portion intended to cover the pure loss per unit of exposure (or pure premium) and that portion, called loading, intended to cover the sales expense, overhead, and profit of the insurer (...) The insurance premium therefore includes allowances for two main types of expenditures - those expenditures returned to the insured group as a whole for loss and loss adjustment expenses, and those expenditures necessary for the insurance service.

Assim, do ponto de vista técnico, o prêmio de seguro propriamente dito não pode ser fatiado ou ter seus valores direcionados a outras finalidades que não a securitária, sob pena de colocar em risco a garantia destinada aos segurados e/ou ocasionar um impacto financeiro negativo para a seguradoras, fragilizando a necessária higidez econômico-financeira da atividade securitária.

Portanto, a única forma de acomodar a Parcada Destinada ao Estado na composição do prêmio do DPVAT sem afetar o princípio da equivalência dos prêmios puros e indenizações é dobrar o valor do prêmio que deve ser, inexoravelmente, direcionado às seguradoras para fazer frente aos riscos assumidos (“Parcada Destinada à Seguradoras”), de forma que, neste caso, a composição do prêmio comercial do Seguro DPVAT corresponda à somatória da Parcada Destinada às Seguradoras e da Parcada Destinada ao Estado.

Vale notar que o raciocínio desenvolvido acima, mais uma vez deixa muito clara a distinção entre a Parcada Destinada às Seguradoras - de

¹⁴ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Direito de Seguros (Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços), 2006, São Paulo, Editora Atlas, p. 79.

¹⁵ GREENE, Mark R. Risk and Insurance, 3^a Edição, 1973, Cincinnati, South-Western, p. 640.

natureza privada e a Parcela Destinada ao Estado - de outra natureza qualquer e cuja análise não é abordada no presente artigo.

V - IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR O DPVAT COMO TRIBUTO - DESVALIA DO ARGUMENTO DE QUE A DESTINAÇÃO PODERIA LHE DAR CONTORNOS TRIBUTÁRIOS

De tudo o que vai exposto, poder-se-ia, ainda, questionar se, ao menos as parcelas recolhidas e repassadas ao SUS e demais órgãos públicos, poderiam ser consideradas como possuindo natureza tributária, ainda que por uma vertente de uma suposta contribuição parafiscal.

De largada, é necessário afirmar e reafirmar que o Seguro DPVAT nada tem de tributo. O singelo argumento de que a destinação a órgãos da administração pública poderia dar, ao DPVAT, característica de tributo não resiste a uma análise mais apurada sobre o que é tributo.

DPVAT, em que pese desnecessário uma vez mais dizer o óbvio, é um seguro obrigatório de responsabilidade civil. A relação entabulada entre seguradora e segurado é claramente informada pelo direito privado. Trata-se de uma relação contratual.

O que, de pronto, destrói a tese de que o DPVAT teria natureza tributária é o fato de que não se está a falar em uma obrigação pecuniária compulsória. A destinação da receita, tão somente por isso, não é elemento estrutural para que algo se torne tributo. Prova-se essa afirmação, inclusive, com a constatação de que outras espécies de receitas públicas também não ostentam viés tributário, como é o caso dos preços públicos.

Não há, na hipótese concreta, atuação estatal relacionada ao DPVAT. Sua cobrança decorre da circunstância de alguém ser proprietário de um veículo automotor. Nada há que aproxime o prêmio do DPVAT a uma contribuição social ou uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Não é disso que se trata. O que se observa é uma relação tipicamente contratual entre segurado e seguradora, jamais entre segurado e o Poder Público. O fato de parte do prêmio ser destinado a uma função pública - insista-se no ponto - não torna o prêmio de seguro um tributo.

VI - Conclusão

Do aqui exposto, concluímos que o Seguro DPVAT, apesar de suas delicadas e sensíveis características sociais, tem natureza eminentemente privada, com todas as consequências que daí decorrem.

Fica evidente também que, a despeito do prêmio do Seguro DPVAT ser estabelecido de forma impositiva pela regulamentação, coexistem duas receitas de natureza distintas que são arrecadadas sob a nomenclatura de DPVAT - uma eminentemente securitária e privada e a outra não.

Além disso, com relação ao seu prêmio comercial, por questões de técnica securitária a Parcela Destinada ao Estado do produto arrecadado do Seguro DPVAT não se confunde e não pode se confundir e/ou afetar Parcela Destinada às Seguradoras, pois isso causaria uma ruptura do princípio da equivalência dos prêmios puros e indenizações e colocaria em risco a higidez econômico-financeira da operação sob o ponto de vista securitário, reforçando a natureza privada da Parcela Destinada às Seguradoras.

Da mesma forma, o prêmio DPVAT não tem qualquer natureza tributária, por quanto a destinação de parte da arrecadação a finalidades públicas, por mais nobres que sejam, não transmuda a natureza contratual do seguro para a de um tributo.

VI - Referências Bibliográficas

ALVIM, Pedro, *O Contrato de Seguro*, 2^a Edição, 1986, Rio de Janeiro, Editora Forense.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de Seguros (Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços)*, 2006, São Paulo, Editora Atlas.

BARROSO, Luiz Roberto; In DPVAT: um seguro em evolução (O DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas - DPVAT: natureza jurídica dos recursos que o custeiam), 2013, Rio de Janeiro, Editora Renovar.

GREENE, Mark R. *Risk and Insurance*, 3^a Edição, 1973, Cincinnati, South-Western, p. 640.

MARTINS, Rafael Tárrega. *Seguro DPVAT - Seguro Obrigatório de Veículos Automotores de Vias Terrestres* - 4^a Edição, 2009, Campinas/SP, Editora Servanda.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Volume I, 2007, Rio de Janeiro, Editora Forense.

SANTOS, Ricardo Bechara. In DPVAT: um seguro em evolução (O DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas - DPVAT: natureza jurídica dos recursos que o custeiam), 2013, Rio de Janeiro, Editora Renovar.

A lógica da cláusula de depreciação no seguro de dano em caso de perda total, à luz do princípio indenitário

Ricardo Bechara Santos¹

I - Introdução

Resumo: O presente estudo tem por objetivo demonstrar a sustentabilidade da *cláusula de depreciação* nos seguros de dano e sua sintonia com o *princípio indenitário* de acordo com o Código Civil e legislação própria, que inadmite possa o segurado receber indenização maior que o prejuízo efetivamente causado pelo sinistro em caso de perda total. Este artigo procura mostrar a ausência de qualquer ranço de abusividade da cláusula, inclusive à luz do Código de Defesa do Consumidor, que distingue *cláusulas abusivas* de *cláusulas restritivas* de direito do consumidor, vedando aquelas e permitindo estas.

Abstract: The present study aims to demonstrate the sustainability of the depreciation clause in damage insurance and its harmony with the indemnity principle in accordance with the Civil Code and its own legislation, which does not allow the insured to receive compensation greater than the damage effectively caused by the claim in the event of total loss. This article seeks to show the absence of any abusiveness of the clause, including in the light of the Consumer Protection Code, which distinguishes abusive clauses from restrictive clauses of consumer rights, prohibiting the former and allowing the latter.

Palavras - chave: *Depreciação. Princípio indenitário. Seguro de dano. Seguro incêndio. Indenização. Limite máximo de indenização. Interesse segurado. Cláusula leonina. Cláusula abusiva. Vistoria. Regulação de sinistro. Boafé. Equidade. Mutualismo. Regulamento imposto de renda. Valor de novo. Valor atual. Valor em risco. Valor de reconstrução. Bem imóvel. Estoque de mercadoria. Dano vittando. Lucro capiendo. Seguro de RC. Seguro de pessoa. Razoabilidade e proporcionalidade. Nota técnica atuarial.*

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.

Keywords: Depreciation. Indemnity principle. Damage Insurance. Fire insurance indemnity. Maximum indemnity limit. Insured interest. Leonine clause. Abusive clause. Survey. Claims regulation. Good faith. Equity. Mutualism. Income tax regulation. Brand new value. Current value. Value at risk. Reconstruction value. Goods stock. Vittando damage. Capiendo interest. CR Insurance. Life Insurance. Reasonability and proportionality. Actuarial technical note.

Sumário: 1. A *cláusula de depreciação*. 2. O *princípio indenitário*. 3. Outras anotações sobre o tema. 4. Conclusão. 5. Referências onomásticas.

1 - DEPRECIAÇÃO: CONCEITO

Depreciação significa que um bem, imóvel ou móvel, perdeu o seu valor devido ao estado de conservação, uso, vetustez ou idade. Esse é um conceito trazido da contabilidade, mas que faz todo o sentido no cálculo da indenização securitária, porque não é possível comparar dois objetos, um que sofre com a ação do tempo outro não. A cláusula de depreciação, pois, se concilia perfeitamente com o conceito indenitário do seguro de dano, que inadmite possa o segurado especular com o seguro recebendo indenização maior que o prejuízo que efetivamente experimentou com o sinistro.

2 - A CLÁUSULA DE DEPRECIAÇÃO

Ainda se discute sobre a *cláusula de depreciação* e sua aplicação nos contratos de seguros de dano em que ocorre sinistros com perda total dos bens segurados. Há pouco tempo mesmo, o tema foi agitado no julgamento pela 3^a Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.943335, de relatoria do Ministro MOURA RIBEIRO, no qual só não foi aplicada a *cláusula de depreciação* em sinistro coberto por seguro de incêndio que atingiu estabelecimento comercial, porque não restou demonstrada a *depreciação* dos bens na data do sinistro (*edifício e estoque de mercadorias*), este ocorrido vinte e um dias após a contratação, espaço de tempo esse que por si só não significa que a *depreciação* do bem não pudesse ter ocorrido ou ser demonstrada, na medida em que o segurado ao declarar o valor dos bens na data da contratação não tenha levado em conta a sua *depreciação*, como seria de seu mister consoante o artigo 778 do CC. Todavia, restaram reconhecidas a validade da *cláusula de depreciação* e do *princípio indenitário* nos seguros de dano, à luz do que dispõem os artigos 778 e 781 do Código Civil, em caso de “perda total”. Até se poderia investigar eventual cometimento de fraude considerando que o sinistro ocorreu

poucos dias após a contratação do seguro, mas que, sabemos todos, a fraude não se presume, tem que ser devidamente provada, nem que seja por indícios.

A decisão retro, da mais alta Corte de Justiça Infraconstitucional do País, é aqui mencionada apenas para ilustrar que o tema continua no foco das discussões judiciais e doutrinárias, por isso despertando o interesse dos estudiosos do direito do seguro, mas que, auspiciosamente, vem mostrando uma melhor compreensão técnica e jurídica da *cláusula de depreciação*, com a jurisprudência evoluindo positivamente em relação à jurisprudência de tribunais estaduais de algum tempo atrás que, inadvertidamente considerava leonina ou abusiva a *cláusula de depreciação* no Seguro Incêndio. Já agora, segundo a jurisprudência de alguns tribunais estaduais, as cláusulas de *depreciação* nos contratos de seguro, quando expressamente previstas no contrato, só devem ser afastadas nos casos em que a seguradora não apresenta o parâmetro para a redução, pois se restou comprovado que a seguradora fez a vistoria no local e, através do relatório final de regulação do sinistro, demonstrou de forma técnica e detalhada como realizou o cálculo da *depreciação*, a cláusula deve ser mantida (*TJ do DF, processo nº 2016011 0989362 - DF 0027964 - 372016. 8.07,0001. Julgado em 22/05/18*). Segundo alguns outros julgados de tribunais estaduais, se não observados os parâmetros técnicos, a cláusula pode vir tisnada de abusiva (*TJ-RGS. AC nº 70091758219*).

Mas a *cláusula de depreciação* não é nem pode por si só ser considerada abusiva ou leonina, inclusive à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, pois seria uma antinomia com o sistema positivo do Código mesmo em regime de *civil law*, ainda que considerando o sistema de cláusulas abertas desses dois Códigos, que amplia é verdade, mas com maior responsabilidade, os poderes dos magistrados, porém não ao ponto de poderem negar o próprio direito positivo. É que o Código de Consumo veda apenas as *cláusulas abusivas*, que não é o caso, pois a delimitação do risco e as cláusulas limitativas de responsabilidade são da própria natureza do contrato de seguro, com base na qual o segurador pode dimensionar sua responsabilidade e calcular atuarialmente a taxa do prêmio devida, que levou em conta inclusive a projeção de *depreciação* do bem segurado.

O Código Civil de 2002 tem o mérito de preservar, com maior precisão técnica os fundamentos e elementos essenciais do contrato de seguro, pois é de sua essência a seletividade do risco, por isso o seu art. 757 estabelece que limitados e particularizados os riscos cobertos, por outros não responderá o segurador, pois é do CDC que se extrai a

permissão para as *cláusulas restritivas* ao direito do consumidor, bastando sejam elas redigidas com destaque e clareza, tal como, aliás, costuma ser feito em relação à *cláusula de depreciação* dentre outras. Há que se diferenciar *cláusulas abusivas* de *cláusulas restritivas*, estas permitidas pelo CDC e da essência do contrato de seguro, que há de plasmar em seus clausulados os riscos cobertos e os excluídos, daí a legitimidade de cláusula que no seguro de dano restringe o direito do consumidor de só receber a indenização se deduzida da *depreciação* do bem.

A *cláusula de depreciação*, pois, além de não colocar o consumidor em desvantagem exagerada, muito pelo contrário, decididamente não é incompatível com a boa-fé ou a equidade, tampouco se insere como tal no rol das abusividades do artigo 51 do CDC, até porque não ofende, de modo algum, os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, ao revés, hospeda-se justamente na lógica essencial do seguro de dano e na sua natureza própria de se limitar o risco no contrato, visto já ser cediço que o Código Consumerista não veio à luz para alterar a natureza dos contratos tipificados pelo Código Civil, dentre os quais o de seguro. Toda a revolução jurídica que ele traz há de estar a serviço da melhoria das relações de consumo, e não para resolver as ilusões de cada um de nós, sendo o equilíbrio dessas relações o limite (artigo 4º do CDC), eis que, uma vez ultrapassado, restaria ameaçado um princípio maior e fundamental (artigo 5º da CF), que é o da *segurança jurídica*, pondo-se em risco daí a própria estabilidade das instituições.

Acresça-se, *cum grano salis*, que, negar validade à *cláusula de depreciação* acabaria prejudicando toda uma legião de consumidores que integram o mutualismo face o princípio de que esses custos são repartidos entre todos.

A propósito, não seria demasiado enfatizar que a *cláusula de depreciação* se concilia com o *princípio indenitário* que caracteriza visceralmente o seguro de dano, por isso que, se o bem já se encontrava depreciado pelo uso e idade, ou por avaria pré-existente (*considerada inclusive para efeito de dedução de tributo consoante a legislação/Regulamento do Imposto de Renda*)² tal deve ser legal e juridicamente observado no contrato e operação de seguro, sabido que a *depreciação* não integra o conceito do risco, pois não é dano súbito causado pelo sinistro, sendo a ele preexistente

² A *depreciação* será deduzida pelo contribuinte que suportar o encargo econômico do desgaste ou obsolescência de acordo com as condições de propriedade, posse ou uso do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 57, § 7º). O

e estranho à álea. É que a *depreciação*, na técnica do seguro de dano, traduz valor percentual matematicamente calculado que, deduzido do “valor de novo” do bem, conduzirá ao seu “valor atual”, na data do sinistro, utilizando os critérios de uso, idade e estado de conservação.

Isso nos remete às lições do muito festejado atuário e tratadista J.J. DE SOUZA MENDES: *é preciso não esquecer, jamais, que os bens de uso estão sujeitos a depreciações, as quais na fixação dos prejuízos, devem ser levadas em conta. Inicialmente, a base de cálculo da indenização será o valor depreciado dos prejuízos. Prejuízo depreciado pode parecer uma expressão absurda. Se se raciocina, porém, em função da perda ou diminuição de patrimônio sofrido pelo segurado, chega-se à conclusão de que o que ele de fato perdeu foi um valor menor do que o do custo de reposição, pois seus bens não tinham por força do uso, da idade, do estado em que se encontravam, este último valor, o qual só poderá ser integralmente indenizado, em fase posterior, se o valor do seguro o comportar.*³

Vale também conferir com o acatado jurista e professor argentino ISAAC HALAPERIN:

*O seguro de incêndio objetiva indenizar os danos materiais causados por força de um fogo hostil, direta ou indiretamente à coisa sobre a qual versa o interesse segurado... Os critérios para determinar os danos e a forma da indenização visam a apuração do valor à época do sinistro, salvo quando se convenciona a reconstrução. Isto porque a regra é a dedução da vetustez do bem. Deve apreciar-se segundo o estado depois do sinistro...*⁴

Logo se vê, também das lições claras de HALPERIN, que a *depreciação* é elemento natural dentre os critérios da indenização de bens consumidos pelo fogo, até em função da regra segundo a qual a indenização se mede pelo valor apurado na época do sinistro.

Cabe observar que no caso de danos que atingem estoques de mercadorias fica mais difícil a aplicação dos fundamentos acima,

reconhecimento da depreciação dos bens operacionais das empresas é um importante componente na formação do resultado das empresas e, para as empresas optantes pelo Lucro Real, de suma importância na determinação de impostos e contribuições.

³ Em *Bases Técnicas do seguro*, páginas 112/113.

⁴ in *Lições de Seguro*, páginas 76/77, Editora Depalma, Buenos Aires.

principalmente considerando o entra e sai de mercadorias nos estabelecimentos comerciais que dificilmente se depreciam, mas nada impede a sua aplicação em se demonstrando a *depreciação*.

Com efeito, é entendimento assente de que, em caso de perda total, a indenização do seguro só corresponderá ao montante integral da apólice se o valor do bem, no momento do sinistro, não for menor. Essa discussão remonta ao chamado *princípio indenitário*, segundo o qual os contratos de seguro não se destinam à aferição de lucro, mas à recomposição do prejuízo decorrente do sinistro, conforme o artigo 778 do Código Civil de 2002,⁵ que reproduziu norma já estabelecida na legislação anterior. Realmente o contrato de seguro não é contrato de aquisição, mas de reposição. E se a própria lei estabelece que a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, e se o valor do bem segurado corresponde, de ordinário, ao valor da apólice (*uma vez que de outra forma não se teria uma reparação efetiva do prejuízo sofrido, escopo maior do contrato de seguro*), parece lícito admitir que a indenização deva ser paga pelo valor integral da apólice na hipótese de perecimento integral do bem, mas deduzido da *depreciação* incidente e devidamente demonstrada., visto que o artigo 781 do CC/2002⁶, inovando em relação aos artigos 1.437 do CC de 1916 e ao citado artigo 778 do CC/2002, definiu que o valor da coisa segurada, que servirá de teto para a indenização, deve ser aferido no momento do sinistro.

Não sem lembrar que, nos *seguros de veículos*, com a crescente valorização do automóvel que ao menos no momento se tem noticiado, a ordem se inverte, ou seja, o seu valor, na data do sinistro provavelmente será menor que o da data da posterior indenização, sabido que historicamente a *depreciação* dos automóveis sempre foi regra.

Vale também lembrar que o valor da coisa no momento da celebração do negócio (*que corresponde, de ordinário, ao valor da própria apólice*) serve apenas como um primeiro limite para a indenização securitária, uma vez que a garantia contratada não pode ultrapassar

⁵ Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art.766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

⁶ Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

esse montante. Como segundo limite, apresenta-se o valor do bem segurado no momento do sinistro, pois é esse valor que reflete, de fato, o prejuízo efetivamente sofrido pelo segurado em caso de destruição do bem, obviamente deduzido do valor de sua *depreciação*. Dessa forma, é possível considerar para o pagamento da indenização securitária a variação na expressão econômica do interesse segurado ao longo do tempo.

2 - O Princípio indenitário

Consoante o artigo 778 do CC (ver *nota de rodapé nº 5*), a *Garantia prometida* é o limite máximo de indenização - LMI, enquanto o *interesse segurado* é o objeto da cobertura consoante o disposto no artigo 757 do CC.⁷ O artigo 778 do Código, juntamente com o artigo 781 (ver *nota de rodapé nº 6*), enunciam o *princípio indenitário* como o principal caris do seguro de dano, afastando a possibilidade de lucro pelo segurado como consequência do sinistro, possibilitando, além da perda do direito conforme art. 766 (declarações inexatas), com ação penal paralela. Afinal, o seguro é de *dano viettando* e não de *lucro capiendo*. O caráter indenitário dos seguros de dano, e daí esses rigorosos limites estabelecidos pelo legislador como intransponíveis, tem, pois, o efeito didático e moralizador de não permitir que o sinistro possa interessar, como no jogo e na aposta, ao segurado.

O artigo 781 do Código, além de evidenciar a natureza indenizatória dos seguros de dano, opera como inibidor de fraude, consagrando o princípio do não enriquecimento sem causa (art. 884)⁸, vedando indenização maior que o interesse segurado no momento do sinistro. O dispositivo preserva, com clareza e ênfase, o *princípio indenitário* no seguro de dano ao estabelecer dois limites que não podem ser ultrapassados: (1) o do valor do interesse segurado no momento do sinistro (valor do prejuízo); e (2) em hipótese alguma, o do valor do Limite Máximo de Garantia (LMG) fixado na contratação conforme o citado artigo 778, salvo mora do segurador (art.772)⁹.

⁷ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

⁸ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁹ Art. 772. A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios.

Em decorrência dos dispositivos acima caberá ao segurado indicar o valor correto do bem (*com auxílio do corretor e da própria seguradora se caso*), podendo fazê-lo por valor menor conforme *cláusula de rateio* prevista no art.783 do Código,¹⁰ não por valor maior, salvo no seguro de responsabilidade civil em que a indicação de valor do LMI é mais flexível por não se poder de antemão dimensionar o valor do prejuízo que o segurado possa causar a um terceiro, por isso tendo como parâmetro o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Diferentemente do seguro de dano, nos seguros de pessoa, *o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com ele ou diversos seguradores (artigo 789 do CC)*.¹¹

Muitos são os pontos que distinguem o seguro do jogo e da aposta, dentre eles o *princípio indenitário*. O inexcedível PEDRO ALVIM já bem explicava isso: há um princípio que domina todos os seguros de dano, qualquer que seja sua modalidade, ninguém pode lucrar com o evento danoso.

Na sempre festejada lição do mestre PONTES DE MIRANDA, *dever maior do segurador é o de indenizar em adimplemento do contrato, porque contra prestou a segurança. Todavia, o que o segurador presta não pode exceder o dano sofrido pelo beneficiário, seja o contraente, seja outrem.*¹²

Nessa mesma entonação, pontifica SÉRGIO CAVALIERI FILHO em sua multivisitada obra Programa de Responsabilidade Civil, que *O segurado não pode lucrar com o evento danoso, não pode tirar proveito de um sinistro. A indenização deve ser necessária apenas para repor o dano sofrido, restabelecer a situação anterior à ocorrência do sinistro.*¹³

¹⁰ Art. 783. Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial.

¹¹ Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

¹² Em Tratado de Direito Privado, pg. 309.

¹³ Apud Santos, Ricardo Bechara, em Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria, 2^a edição, 2008, pg. 197.

Oportuno lembrar que a doutrina internacional reafirma o grande princípio que domina toda a matéria do seguro de dano: a indenização não pode ensejar ao segurado um enriquecimento, pois o seguro não foi concebido para financiar lucro, mas repor prejuízos nos limites do contrato, podendo a indenização ser menor ou igual ao prejuízo, nunca, em hipótese alguma, superior a ele. Daí porque o princípio indenitário é essencial e tão antigo quanto o próprio seguro. E o desvio do princípio indenitário prejudica a totalidade dos consumidores, podendo caracterizar crime de lavagem de dinheiro ou potencializar crime contra a economia popular - insuficiência de reservas construídas com base no princípio indenitário.

A lição de CLOVIS BEVILAQUA, não poderia passar *in abis* neste tema, segundo a qual

Nos seguros de bens materiais a indenização nem sempre corresponde, exatamente, à soma declarada no contrato, porque, não sendo o seguro um contrato lucrativo e, sim, de indenização, cumpre determinar qual o prejuízo que, realmente, sofreu o segurado. A soma declarada na apólice indica o máximo até o qual responde o segurador. É essa operação que se denomina liquidação de sinistro.¹⁴

Agora, contribuição primorosa sobre o tema nos deu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 8.992, RF 122/107, resumindo que *O segurador responde pelo valor dos objetos segurados por ocasião do sinistro e não por ocasião da conclusão do contrato, pois o fim do contrato é proporcionar ao segurado indenização pelos prejuízos provenientes do sinistro sofrido...*

Acresça-se, para ilustração do tema que estamos a tratar nestes ensaios, que o caráter indenitário do seguro de dano dissocia-se do da Responsabilidade Civil, pois o segurador não substitui o causador do dano, seja terceiro ou segurado, tampouco é autor de ato ilícito, pois sua dívida não é de valor, mas de dinheiro (art.776 do CC)¹⁵ e limitada no contrato. O próprio limite que se impõe à “indenização” - prestação do segurador no seguro de dano - já seria suficiente para afastá-la do regime comum da responsabilidade civil (*restitutio in integrum etc.*), que deve estar a serviço do seguro, mas como produto (seguro de RC, artigos 787/788), não como karma.

¹⁴ Apud Santos, Ricardo Bechara, em Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria, 2^a edição, 2008, pg. 238.

¹⁵ Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.

3 - OUTRAS ANOTAÇÕES SOBRE O TEMA

Vale anotar que os *ingredientes técnicos do risco* são levados à Nota Técnica Atuarial - NTA (*valor de reconstrução, valor atual - valor em risco* representado pelo valor do bem no dia e local do sinistro -, *valor de novo - valor em risco* referente ao custo de reposição sem *depreciação* pelo tempo, uso ou desgaste, mas nas balizas do Limite Máximo de Garantia - e com prêmio agravado etc.), NTA essa que, na delimitação do risco, se relaciona com as coberturas definidas no contrato, servindo de base para o cálculo do prêmio, que leva também em conta a força do *princípio indenitário*.

Não sem lembrar de que *valor de novo* é critério excepcional de indenização, de livre manifestação das partes, sendo que o *interesse segurado* sobre o *valor de novo* pode licitamente se conciliar, respeitado o LMI/LMG, com o *princípio indenitário*, compensando, em certos casos, defasagem do *valor atual* do bem sinistrado, que representa o *valor em risco* no dia e local do sinistro, considerado o custo de reposição. Tem por escopo restabelecer a relação de identidade do segurado com a coisa perdida no sinistro (*no seguro de automóvel preserva a "lua de mel" do segurado com seu carro zero, pela NF/FIPE, nos primeiros meses*). Trata-se de cláusula aceita mundialmente, máxime em seguros de incêndio, permitindo a reposição ao status quo ante mediante reconstrução (*no automóvel a essência é diferente, pois o veículo já é novo, não há reconstrução de carro roubado, nem roubo de prédio*). O *valor de novo* compensa as dificuldades de reposição na funilaria, chapa usada, pintura velha, azulejos ou pisos originais etc., que pressionaria os custos da reposição ante as dificuldades de se ter no mercado a tempo e hora peças no mesmo estado para perfeita substituição. Se afina com a razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse tema, oportuna a lição extraída do acórdão exarado pelo TJRJ:

*SEGURO INCÊNDIO. Alternativa no cumprimento da obrigação, à escolha do segurado. Diferença que o segurado só faria *jus se, no prazo pactuado, desse início à reconstrução do imóvel, o que não fez*. Optou por receber o valor correspondente ao prédio no estado em que se achava antes do sinistro. Cláusula contratual válida, cujo intuito é o de impedir indenização por um bem usado, como se fosse novo. Reforma da sentença que declarou nula a cláusula que assim estipulava, por abusiva. Provimento do recurso por unanimidade (18ª Câmara Cível, em 17/12/2002, Apelação nº 2002.001.26788. Rel. Desembargador JESSE TORRES).*

4 - CONCLUSÃO

Pelo exposto, é possível concluir, sem rebuscos de dúvidas, que a *depreciação* do bem garantido pelo seguro de dano, na data do sinistro e

devidamente apurada na regulação, em caso de perda total, é da natureza própria dessa modalidade de seguro, à luz do *princípio indenitário* que o rege, considerando que a indenização, vale dizer, a reposição do prejuízo causado pelo sinistro sem que haja a dedução do valor depreciado, importa em favorecimento indevido ao segurado na sua individualidade, em detrimento da coletividade de segurados que integra a mutualidade gerida pelo segurador, por dano maior que o efetivamente experimentado. Sabido que o seguro é de dano vittando e não de lucro capiendo, contrato de reposição e não de aquisição. É que a *depreciação* não integra o conceito do risco, pois não é dano súbito causado pelo sinistro, sendo a ele preexistente e estranho à álea. A *cláusula de depreciação*, pois, se concilia com os fundamentos e com as bases técnicas do seguro de dano, razão pela qual jamais poderia em si mesma, ao contrário do que se via de alguns julgados desavisados do passado, ser considerada cláusula leonina ou abusiva, seja à luz do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil, pois é do CDC que se extrai a permissão para as *cláusulas restritivas* ao direito do consumidor, bastando sejam elas redigidas com destaque e clareza, havendo que se diferenciar *cláusulas abusivas* de *cláusulas restritivas*, estas permitidas pelo CDC e da essência do contrato de seguro consoante o CC, devendo ser plasmados em seus clausulados o que deve e o que não deve ser coberto, daí a legitimidade de cláusula que no seguro de dano restringe o direito do consumidor a só receber a indenização se deduzida da *depreciação* do bem.

5 - REFERÊNCIAS ONOMÁSTICAS

- . Alvim, Pedro. Apud Santos, Ricardo Bechara, Direito do Seguro no Novo Código Civil, Forense Rio.
- . Bevílaqua, Clóvis. Apud Santos, Ricardo Bechara, Direito de Seguro no Novo C. Civil, Forense Rio.
- . Cavalieri, Sergio. Apud Santos, Ricardo Bechara, Direito do Seguro no Novo C. Civil, Forense Rio.
- . Halaperin, Isaak. *Lições de Seguro*”, páginas 76/77, Editora Depalma, Buenos Aires.
- . Mendes, J.J. De Souza. *Bases Técnicas do seguro*”, páginas 112/113.
- . Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, pg. 309.
- . Ribeiro, Moura. Relator no REsp nº 1.943335.
- . Santos, Ricardo Bechara. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Forense Rio.
- . Torres, Jessé. Desembargador relator na Apelação Cível nº 2002.001.26788, TJRJ.

Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos

Leonardo David Quintanilha de Oliveira¹

Resumo: A segmentação de riscos no seguro encontra respaldo na autonomia privada. Porém, por vezes, quando ela se atém a dados pessoais sensíveis, a liberdade do segurador pode colidir com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade – e, em sua versão negativa, da vedação de discriminação –, da solidariedade e da defesa do consumidor. O presente artigo propõe parâmetros normativos para a delimitação de justa classificação de risco: (a) fundamento atuarial; (b) essencialidade contratual; (c) vulnerabilidade do grupo potencialmente destinatário de tratamento desfavorável; (d) nível de reprovação jurídica do uso do fator de discriminação; (e) relevância da vontade do segurado no fator de risco; e (f) grau de intromissão na privacidade.

Abstract: The risk classification in insurance is supported by private autonomy. However, sometimes, when it involves sensitive personal data, the freedom of contract principle can conflict with the principles of dignity of human person, equal protection clause – and, in its negative version, the prohibition of discrimination –, solidarity and consumer protection. This article proposes legal *standards* to define a fair risk classification: (a) actuarial basis; (b) contractual essentiality; (c) vulnerability of the group potentially receiving unfavorable treatment; (d) level of legal disapproval for the use of the discrimination factor; (e) relevance of the insured's will in the risk factor; and (f) intensity of privacy intrusion.

Palavras - chave: Seguro – Contrato – Risco – Discriminação.

Keywords: Insurance – Contract – Risk – Discrimination.

¹ Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Sumário: Introdução. 1. A relevância da segmentação de risco no contrato de seguro. 2. Da colisão de interesses legítimos. 3. Delimitação jurídica da justa classificação: 3. 1 Considerações gerais; 3.2 Parâmetros delimitadores da justa classificação: 3.2.1 Fundamento atuarial; 3.2.2 Essencialidade contratual; 3.2.3 Vulnerabilidade do grupo potencialmente destinatário de tratamento desfavorável; 3.2.4 Nível de reprovação jurídica do uso do fator de discriminação; 3.2.5 Relevância da vontade do segurado no fator de risco; 3.2.6 Grau de intromissão na privacidade. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O vocábulo *discriminação* transmite carga pejorativa por ir de encontro ao ideal humanista de igualdade de *status* entre indivíduos reverberado em diversos diplomas normativos internacionais e domésticos. Mas no seguro privado a segmentação de riscos é comum. As companhias securitárias, valendo-se de dados estatísticos e de sua experiência, categorizam riscos, por conta de peculiaridades incidentes sobre bens e fatores humanos (idade, gênero, histórico médico, traço genético, estado civil e profissão). Com a segmentação, elas selecionam clientes e estabelecem as bases específicas dos contratos. Assim, procuram ao máximo uma correlação entre a grandeza individualizada de risco segurado e o arranjo contratual.

Comumente, não se levantam grandes dilemas quando a segmentação se atém a atributos de coisas. Porém, quando recai sobre traços humanos, podem irromper questões sensíveis decorrentes de uma tensão entre, de um lado, direitos fundamentais (ou também direitos da personalidade) e, de outro, o direito dos seguradores à categorização de riscos. Este último não se adéqua bem aos conceitos tradicionais dos direitos fundamentais, pois deles emerge a premissa de que o indivíduo deve ser julgado com base em seus próprios méritos, não em uma estigmatização de grupo em que é enquadrado. Muitas vezes, entretanto, seguradores valem-se de uma característica de grupo que coincide com algum fundamento de discriminação *a priori* proibido à luz de preceitos normativos protetivos do ser humano.

Poderia, por exemplo, um segurador segmentar o risco com base em raça, religião, orientação sexual ou filiação sindical? Ou cobrar prêmios diferentes a homens e mulheres em previdência privada ou seguro de automóvel? E o que dizer da discriminação genética: será que uma proposta contratual poderia ser negada por conta de uma predisposição a uma patologia, antes mesmo da exteriorização dos seus sintomas? Ou a medida viola os princípios da igualdade e privacidade? A idade é critério legítimo para a classificação de risco

em seguros de vida? Portadores de necessidades especiais, por conta de um infortúnio involuntário, deveriam ser sobreprecificados no seguro?

Sob outro prisma, é cogitável o advento de uma lei que banisse totalmente qualquer tipo de diferenciação com base nesses signos suspeitos. Nessa situação hipotética, a lei seria constitucional?

Algumas dessas indagações encontram respostas diretas em dispositivos específicos do ordenamento jurídico nacional. As vedações expressas de segmentação de risco com esteio em atributos humanos basicamente são endereçadas aos planos de saúde.

A Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) é, quanto ao ponto, notória ao proibir recusa contratual em razão da idade e da deficiência (arts. 10; 11; 12, III, e, VII; 14; 15; e 31). O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) corrobora a regra impeditiva de variação de prêmios nesse tipo de seguro a indivíduos em idade avançada (art. 15, § 3º). O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) obsta às operadoras de planos de saúde a exclusão de cobertura e a cobrança de prêmios diferenciados por causas associadas à deficiência (arts. 20 e 23). O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), em sentido semelhante, dispõe que “o poder público garantirá que o segmento da população negra vinculado aos seguros privados de saúde seja tratado sem discriminação” (art. 6º, § 2º). O tratamento de dados pessoais de saúde (*v.g.*, dados genéticos), para a seleção de riscos nos planos privados de saúde, é categoricamente interditado pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (art. 11, § 5º, da Lei nº 13.709/18).

Para além dessas disposições voltadas aos planos de saúde, o país carece de norma específica antidiscriminatória² especialmente direcionadas aos seguros. O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 29/2017, que pretende instituir um estatuto sobre seguro privado, contém disposição geral antidiscriminatória. Contudo, a vaguedade da sua redação, aliada à salvaguarda da “livre iniciativa empresarial”, nada ajuda na delimitação das situações permitidas e vedadas nesta seara.

² Segundo redação da minuta aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, em 4 de abril de 2017, “os critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos devem promover a solidariedade e o desenvolvimento econômico e social, sendo vedadas políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial” (art. 52, § 5º).

Por isso, a bem da verdade, a delimitação de um regime jurídico antidiscriminatório no seguro é complexa e deve valer-se de normas, notadamente de feição mais aberta, balizadoras de um *direito contratual antidiscriminatório*.³

O presente trabalho não visa à resposta direta aos questionamentos esboçados neste introito, mas propor parâmetros normativos para se conferir sistematicidade ao debate jurídico sobre discriminação nos seguros.

1. A RELEVÂNCIA DA SEGMENTAÇÃO DE RISCO NO CONTRATO DE SEGURO

O enfrentamento do tema proposto não pode olvidar a relevância que a segmentação do risco guarda para a atividade securitária. Ela ocorre por duas razões básicas: potencialidade de redução de mercado causado pela seleção adversa⁴ e concorrência.⁵

Nos seguros, a seleção adversa significa, em síntese, que a fixação de bases contratuais únicas e a captação indiscriminada de clientes podem conduzir à majoração de preços suportados pelos demais segurados, por força da mutualidade própria da operação econômica. O aumento de preços, por sua vez, desestimula a contratação do seguro, especialmente pelos portadores de baixo risco. O resultado é a evasão continuada desses clientes e o aumento cíclico e exponencial do prêmio. No extremo, o fenômeno provoca o colapso do mercado.⁶

³ A esse respeito, cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Antidiscriminação e Contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: RT, 2020.

⁴ AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3., Aug. 1970, p. 488-500.

⁵ REIMUND, Schwarze; THOMAS, Wein. Is the Market Classification of Risk Always Efficient? Evidence from German Third Party Motor Insurance. *German Risk and Insurance Review* (GRIR), v. 1, n. 4, 2005, p. 177; GAULDING, Jill. Race, Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair? In: *80 Cornell L. Rev.*, p. 1646-1694, 1994-1995; AVCI, Meryem. *Assurance, Egalité et Non Discrimination*. Lyon: Institut des Assurances de Lyon, 2012. Versão digital disponível em: <<https://www.institut-numerique.org/assurance-egalite-et-non-discrimination-50856c9118523>>. Acesso em: 30 abr. 2021; ANTONIO, Katrien; CHARPENTIER. La tarification par genre en assurance corrélation ou causalité? *Risques: les cahier de l'assurance*, n. 109, p. 97, mar. 2017.

⁶ GAULDING, Jill. Sex and Genetic Discrimination in Insurance. *cit.*, p. 1653.

A outra força motora para a seleção de risco é a concorrência e seu correlato impulso à inovação da técnica de captação da clientela. Um operador de seguro que deixa de categorizar riscos se defrontará com um concorrente que, por fazê-lo, atrairá portadores de menores riscos, oferecendo melhores condições de negócio, e, com isso, terá vantagem competitiva. Evidentemente que a vantagem será momentânea, porquanto outras companhias responderão em cadeia com a adoção de técnica similar.⁷ A concorrência provê assim ímpeto para o aprimoramento constante da tática negocial e de *know-how*.⁸

No mais, a segmentação de riscos é consectária do princípio do equilíbrio contratual. A técnica de avaliação atuarial possibilita que se precise o circunjacente preço do risco individual. Quando isso não ocorre, a coletividade será o foro de retificação (ou seja, o custo do risco avantajado é diluído entre os demais segurados), pois, do contrário, o segurador não manterá sua higidez econômica.⁹ O fenômeno é descrito por Ricardo Bechara Santos ao acentuar a importância de, em prol da mutualidade, buscar-se a justiça tarifária e, dessa forma, o “seguro sob medida”.¹⁰

2. DA COLISÃO DE INTERESSES LEGÍTIMOS

No plano jurídico, a postura segmentadora do segurador encontra suporte na liberdade dos agentes de mercado. A liberdade contratual do segurador (corolário da autonomia privada), da qual se extrai a viabilidade de se escolher a contraparte e dispor sobre o conteúdo contratual, possui respaldo constitucional (arts. 1º, IV, e 5º, II, e 170, todos da Constituição Federal – CF).

⁷ Tem-se aqui o que Claude Devoet chama de espiral de segmentação (*spirale de la segmentation*): DEVOET, Claude. Assurance, différenciation et discrimination. *Le Droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*. Direction de Patrick Wautelet. Liège: Anthemis, 2009. p. 65-67.

⁸ Ou seja, o desenvolvimento de pesquisas atuariais para identificação das características individuais que se relacionam a agravamento/redução de risco e para precisão mais acurada da grandeza matemática respectiva.

⁹ Sobre o tema, QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*: tomo I. Ilan Golberg e Thiago Junqueira (coord.), São Paulo: RT, 2020. p. 92-125.

¹⁰ BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 86-87.

No plano infraconstitucional, vale fazer menção à Lei nº 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Ela consagra o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III). Ademais, diversos de seus dispositivos objetivam a tutela da autonomia privada (v.g., art. 3º, V).

Entretanto, essa liberdade sofre refreamento. O direito da sociedade securitária à recusa do contrato ou definição de suas bases é situado em um contexto jurídico e sofre, destarte, influxo de normas constitucionais e legais que excepcionam a competência do agente econômico para a autorregulamentação das suas relações negociais.

Sob o enfoque legal, os fundamentos para a limitação da categorização de riscos podem ser específicos – decorrem de uma restrição expressa à segmentação de clientes (considerados na introdução) – ou ainda genéricos.

O Código Civil – CC não contém dispositivo que trate explicitamente de discriminação contratual,¹¹ muito menos na parte destinada ao seguro.¹² A limitação da categorização de riscos pode, no entanto, encontrar respaldo em normas genéricas, como a função social do contrato (art. 421)¹³ e a boa-fé, com base na vedação ao

¹¹ Diverso, portanto, do que se dá em muitos ordenamentos, nos quais a discriminação em matéria contratual é tema abrangido expressamente na legislação. Cite-se, a título ilustrativo, a *Equality Act* de 2010 e a *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) de 2006 que tratam de igualdade de tratamento de forma genérica no Reino Unido e na Alemanha, respectivamente.

¹² Extrai-se do art. 799 uma norma restritiva de categorização, muito embora não se esteja diante de uma que objetive propriamente afastar a segmentação com base em signos suspeitos. Ela torna sem efeito, no seguro de pessoa, cláusula contratual restritiva de cobertura para morte ou incapacidade decorrente da *utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem*. Em outras palavras, a regra limita a liberdade de as partes delimitarem as bases contratuais, com intuito de fomentar algumas atividades socialmente benéficas (serviço militar e atos de humanidade) ou, ao menos, não desestimular práticas existenciais relevantes (exercício do desporto).

¹³ Fundamento sugerido, mas não defendido como *melhor caminho argumentativo*, por Thiago Junqueira. Para ele, a discriminação no contrato de seguro no Brasil encontra melhor explicação na eficácia direta nas normas constitucionais ao direito privado (JUNQUEIRA, Thiago. Notas sobre a

abuso de direito (art. 187).¹⁴ Ou, então, é defensável – com certo descomedimento – que o tratamento discriminatório violaria direito da personalidade, com esteio no art. 12 do Código, dada a natureza meramente exemplificativa do seu rol preconizado na lei civil.¹⁵

Para se delinear um regime jurídico antidiscriminatório no seguro, entretanto, faz-se imprescindível a análise do assunto sob o prisma constitucional. A contenção à liberdade do segurador encontra lastro em normas constitucionais, tais como a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade – e, em sua versão negativa, a vedação genérica à discriminação –, a solidariedade, a defesa do consumidor e a redução de desigualdades.¹⁶

Vê-se de plano que permeia no tema colisão de princípios constitucionais a exigir a adequada concordância prática entre eles. Apesar da crucial importância dos mencionados princípios, a flacidez de seus conteúdos é potencialmente condutora a uma ambiência de insegurança jurídica. O operador do direito, por isso, precisa se desincumbir de denso ônus argumentativo, de forma a exteriorizar de forma racional os motivos de sua decisão com esteio em *standards* extraídos do ordenamento.

A seguir são propostos parâmetros para a delimitação de justa classificação de risco.

discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. Bruno Miragem e Angélica Carlini (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 296).

¹⁴ A respeito da função corretiva da boa-fé objetiva da qual emana a vedação ao abuso de direito, Cf. QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 69, 2015, p. 187-190.

¹⁵ Sobre o merecimento de tutela de outras manifestações da personalidade humana, SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

¹⁶ Arts. 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, caput, I, XLII, XLI; 7º, XXXI; 170, V e VII.

3. DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA JUSTA CLASSIFICAÇÃO

3. 1 Considerações gerais

A apuração da juridicidade da classificação no seguro é bifásica. Primeiro se perquire a opção expressa do legislador. Depois incidem os parâmetros ponderativos a seguir propostos.

A autonomia do segurador para a escolha de clientes e para a definição das bases contratuais, como dito, possui guarida na CF. A fonte para a redução legítima do espaço de liberdade do agente econômico, por outro lado, é, como regra, lei *stricto sensu*, em obséquio ao princípio da separação de Poderes (art. 5º, II).

Evidente que o legislador está limitado por preceitos constitucionais. Uma lei antisegmentadora será inconstitucional se excessivamente invasiva ao núcleo duro da liberdade dos agentes de mercado. Aqui também se faz importante a observância dos parâmetros propostos no presente trabalho.¹⁷

Do exposto, emerge a seguinte máxima: se houver comando específico legal antidiscriminatório voltado ao seguro, ele se presume constitucional. Sobre o operador do direito, recai o ônus de demonstrar que os parâmetros de distinção legítima de risco infirmam a presunção (ônus argumentativo negativo). Na ausência de comando específico, o ônus muda de eixo: a segmentação é presumivelmente livre, salvo se restarem demonstrados que os parâmetros de distinção legítima apontam vigorosamente para o seu caráter discriminatório (ônus argumentativo positivo).

Os parâmetros, ao seu turno, levam em consideração o estado da arte a respeito dos critérios para a incidência de direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal), as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, bem como o amplo debate travado em torno da delimitação da justa classificação no seguro. São eles:

- a) fundamento atuarial;*
- b) essencialidade contratual;*
- c) vulnerabilidade do grupo potencialmente destinatário de tratamento desfavorável;*

¹⁷ A respeito de restrições ao legislador decorrentes do princípio constitucional da igualdade, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- d) nível de reprovação jurídica do uso do fator de discriminação;*
- e) relevância da vontade do segurado no fator de risco; e*
- f) grau de intromissão na privacidade.*

Cabem aqui alguns alertas. O primeiro é o de que essa lista não se pretende exauriente, tendo em conta a complexidade do tema e a natureza multifacetada das normas abertas envolvidas. Os parâmetros alistados, ademais, não são excludentes, uma vez que a matéria em questão envolve, tal qual já considerado, normas constitucionais (e infraconstitucionais) por vezes colidentes. É necessário *in concreto* um sopesamento dialógico entre eles.

Os *standards* sugeridos possuem, de mais a mais, múltiplas serventias: orientam a apuração da constitucionalidade de leis antidiscriminatórias (função ablativa); auxiliam na sua interpretação (função hermenêutica); demarcam restrições à atividade de categorização de riscos com escólio na incidência imediata da Constituição (função normogenética); e indicam uma direção ao legislador (função inspiradora).

3. 2 Parâmetros delimitadores da justa classificação

3.2.1 Fundamento atuarial

O critério mais intuitivo para apurar se o processo de seleção de riscos no seguro é ou não discriminatório consiste no seu respaldo técnico-atuarial. O suporte para que ele seja incorporado ao debate jurídico no país, tendo em vista a inexistência de lei ordinária a esse respeito, é a incidência imediata de normas constitucionais às relações privadas, notadamente do princípio da igualdade.

Afinal, a igualdade, em sua acepção substancial, consiste, em equação verbal aristotélica reiterada à exaustão na literatura, em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. No mercado securitário, a importância da máxima é potencializada, dada a significância dos atributos peculiares do risco para o delineamento das singularidades contratuais. Porém, caso o tratamento diferenciador desguarde de qualquer respaldo estatístico, remanesceria uma pecha de reprovação jurídica.

Para além do fundamento principiológico, alguns ordenamentos jurídicos lançam expressamente mão desse parâmetro. O § 20/2 da Lei Alemã Geral de Tratamento Igualitário – AGG permite explicitamente o uso de religião, deficiência, idade ou identidade sexual como fator de discriminem no seguro, contanto que se baseie em princípios adequados

de avaliação de riscos lastreados por pesquisas estatísticas. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de abril, que instituiu o Regime Jurídico do Contrato de Seguro – RJCS, também consagrhou o critério atuarial ao tratar de práticas discriminatórias em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde.¹⁸ Para Menezes Cordeiro, o regime é forma de o Estado defender a igualdade substancial e *prevenir preferências históricas perversas, designadamente as atinentes à etnia ou a opções ideológicas*, de maneira que “qualquer diferenciação deve ser fundada em cálculos objetivos de risco”.¹⁹

A rigor, o fator atuarial serve como freio contra a adoção de critérios arbitrários. Quanto ao ponto, válida a menção a um julgado exemplificativo de Turma Recursal do Estado da Bahia que compeliu um segurador a celebrar contrato de seguro de vida à pessoa paraplégica, além de condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais por indevida recusa à proposta contratual. A fundamentação do segurador foi evasiva: “motivo técnico”. Para o órgão julgador, a negativa foi discriminatória, pois se deu simplesmente por conta do estado físico do proponente, o que não se figuraria justificativa plausível. Nos termos do julgado, até seria legítima a exclusão de fatos correlacionados à paraplegia, mas, para o evento a que se queria cobrir (morte), a paraplegia por si mesma não agravaria o risco contratual;²⁰ ou seja, a carência de demonstração de respaldo atuarial à decisão do segurador serviu de base para a sua anulação judicial.

Entretanto, cabe o alerta de que, para a identificação de prática discriminatória, o fator atuarial é insuficiente.²¹ Sintomático, a fim de ilustrar a ilação, é um caso apreciado pelo Supremo Tribunal de

¹⁸ É sufrágio ao segurador adotar práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos, contanto que *objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos* (art. 15º/3).

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 523.

²⁰ O julgado permitiu, entretanto, que o segurador fizesse adequações ao contrato para a exclusão da limitação física preexistente, a fim de se preservar o equilíbrio contratual (TJBA Processo JPCDC-TAM-00073/07-1, rel. juiz Fabiana Andrea de Almeida Oliveira Pellegrino, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, j. 24.09.2008).

²¹ Em igual sentido, JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 69-79.

Justiça português em 2013.²² Certa companhia aérea havia contratado seguro de vida em favor de seus empregados, com previsão de capital por morte de € 25 mil. Havia, porém, cláusula contemplando redução desse montante para € 5 mil em caso de morte decorrente de suicídio ou síndrome da imunodeficiência adquirida – Sida, ou de patologia agravada pela síndrome. O Tribunal anulou a cláusula, por violação ao princípio constitucional da igualdade. Para ele, o princípio admitiria tratamento diferenciador, desde que razoável e não arbitrário. Porém, o segurador não teria se desincumbido do ônus de comprovar o efetivo sobrerrisco decorrente da Sida e a razão para a sua equiparação ao suicídio.²³

Vale salientar, como aponta Leah Worthan, que o critério de justiça atuarial para a identificação de práticas discriminatórias no seguro não partiu de grupos protetivos de consumidores, mas do mercado, sobretudo nos Estados Unidos da América – EUA.²⁴ Nos anos 40, o Congresso norte-americano no *McCarran-Ferguson Act* excluiu, como

²² STJ, Paulo Sá, 1269/09.0TVLSB.L1.S1, Acórdão 11/04/2013. A respeito do acórdão, OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da Costa. Contrato de seguro: proibição de discriminação em razão de deficiência e de risco agravado de saúde – o voto por empréstimo do STJ no sentido da continuação da evolução. *O Direito*, 146, I, p. 245-273, 2014.

²³ Os fatos eram anteriores ao advento do Regime Jurídico do Contrato de Seguro – RJCS. Se o caso fosse julgado exclusivamente com base no art. 15º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro português, bastaria que fosse demonstrado, com respaldo em justificativas atuariais sérias, a *ratio* justificadora da redução da indenização. Na situação concreta, calhou de o segurador não se desincumbir do ônus probatório e, por isso, o critério de justiça atuarial funcionou como empecilho para a prática diferenciadora. Mas e se, hipoteticamente, o segurador demonstrasse cabalmente que o risco-morte do portador do vírus HIV lastreava a diminuição significativa do montante indenizatório? Parece que restaria, ainda assim, toque de reprovação no clausulado impugnado, sob a ótica dos valores constitucionais. Aqui sobreleva razão mesmo para considerar, como o fez a Corte, que, de tantas doenças graves, apenas a Aids foi eleita pelo estipulante como causa de enrijecimento das bases contratuais. E, justamente junto dessa patologia, gravita forte estigma social negativo, marcada pela associação implícita do portador a *comportamentos moralmente desviantes* e a grupos minoritários marginalizados, como homossexuais. A destinação isolada da cláusula redutora do benefício securitário ao soropositivo, apesar do respaldo atuarial, pode ser assim considerada uma discriminação indireta de orientação sexual.

²⁴ WORTHAM, Leah. Insurance Classification: too Important to be left to the Actuaries. *19 U. Mich. J. L. Reform*, v. 19, p. 349-423, 1986. p. 386.

regra, os seguros da vinculação à legislação federal *antitrust*.²⁵ Porém, restou sufragado ao Legislativo nacional regulamentar o setor, desde que o fizesse expressamente. Para evitar uma expansão indesejada da regulamentação federal, as próprias companhias de seguro passaram a envidar esforços para que o legislador local regulamentasse largamente a matéria.

Nesse contexto, no final da década de 40 e início da de 50, praticamente todos os estados continham regras proibitivas de discriminação direcionadas aos seguros, sob a fórmula genérica da *unfair discrimination*. O termo surgiu de documento emanado de entidade não governamental em 1947 (*National Association of Insurance Commissioners' Model Act*). Nele, adotava-se um conceito eminentemente atuarial de justiça.²⁶ Tal concepção de equidade passou a se enraizar na cultura securitária.²⁷

A soberanização da justiça atuarial foi, porém, colocada em xeque em precedentes firmados em dois casos apreciados pela Suprema Corte norte-americana no final dos anos 70 e no início dos anos 80: o

²⁵ Assim, diferente do que ocorre no Brasil, em que a União possui competência privativa para legislar sobre de seguros, nos EUA sedimentou-se a presunção de que a regulamentação da matéria é local.

²⁶ O documento assim define *unfair trade practice*: “o ato de cometer ou permitir que se cometa qualquer discriminação injusta entre indivíduos da mesma classe e a mesma expectativa de vida quanto aos prêmios cobrados (...), benefícios (...) ou qualquer outra condição contratual”. (§ 4/G/1 – Tradução livre). Ou seja, da sua leitura a *contrário sensu* se extrai o pressuposto de que a discriminação não pode ocorrer a partir da comparação de riscos diversos. Atualmente o texto é bem mais ampliado e contém um conceito de discriminação que vai além das fronteiras da mera justiça atuarial (íntegra do texto atual disponível em: <https://www.naic.org/store/free/MDL-880.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021).

²⁷ Segundo a *American Academy of Actuaries*, p. ex., um sistema de classificação de riscos não é considerado injusto quando “as diferenças de preços entre classes refletem diferenças em expectativas de custos, sem objetivo de redistribuição ou de subsídio entre as classes” (Tradução livre da p. 9 do *Risk Classification Statement of Principles*. Disponível em: <http://actuarialstandardsboard.org/wp-content/uploads/2014/07/riskclassificationSOP.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021).

*City of Los Angeles v. Manhart*²⁸ e o *Arizona Governing Comm. v. Norris*²⁹, ambos sobre discriminação de gênero em fundos fechados de pensão de entidades públicas.

Com esses precedentes e a propagação de normas estaduais mais restritivas da categorização de riscos, surgiu naquele país amplo debate na comunidade jurídica sobre a definição de injusta classificação oriunda das ciências atuariais. Alguns juristas, já na década de 80, passaram a rebater a perspectiva dominante de justiça atuarial e a vislumbrá-la como critério insuficiente para explicar a ampla gama de limitações mais acentuadas à liberdade dos seguradores.³⁰

Jill Gaulding, em meados da década subsequente, expôs didaticamente as diversas orientações sobre justa classificação que emergiram do embate acadêmico norte-americano. Para a perspectiva de *discriminação eficiente*, classificação justa é a que tem por amparo o uso acurado de fator de risco. Já para perspectiva antagônica, cunhada pela autora de *antidiscrimination view*, ao lado do respaldo estatístico-atuarial, deveriam ser agregados mais requisitos.³¹

²⁸Em *Manhart*, o tribunal constitucional invalidou a cobrança de contribuições maiores a trabalhadoras do Departamento de Águas e Energia de Los Angeles para o fundo de pensão mantido pela entidade, sob o fundamento de que a prática violava o § 703(a)(1) do Título VII *Civil Rights Act* de 1964, que veda a discriminação laboral em razão do sexo. A entidade alegava, basicamente, que os valores diferenciados não eram arbitrários, pois se baseavam em tabelas de mortalidade indicativas da maior longevidade das mulheres. O precedente foi pioneiro, ao desafiar as diferenças de contribuições de fundos de pensão com base em tabelas atuariais idôneas (435 U.S. 702 (1978)).

²⁹Em *Norris*, outro fundo de pensão, de uma agência estadual do Arizona, fixava, pelas mesmas razões, benefícios menores para as suas servidoras comparativamente aos homens. A Corte também compreendeu que o tratamento violava a vedação de discriminação laboral (463 U.S. 1073 (1983)).

³⁰WORTHAM, Leah. Insurance Classification: too Important to be left to the Actuaries. *cit.*, p. 416-418.

³¹A doutrina que compartilha dessa visão restritiva não chega a ser unânime em relação a quais seriam eles, mas, em linhas gerais, são apontados os seguintes: necessidade de certa causalidade entre o critério classificatório e o fator de risco; a controlabilidade da característica usada; e a ausência de associação do critério com discriminações históricas e atributos suspeitos. A autora defende, ainda, em adição à *antidiscrimination view*, que classificação justa não pode resultar em negativa de acesso a bens e serviços essenciais, como a assistência médica. (GAULDING, Jill. Race, Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair? *cit.*, p. 1657-1692).

De fato, a fundamentação atuarial não explica o fenômeno jurídico-legislativo global de ampliação de restrições à categorização de riscos.³² A vedação de uso de gênero no espaço europeu (cf. tópico 3.2.4), a limitação etária para majoração de prêmio nos planos de saúde no Brasil e as severas restrições ao uso de traços genéticos em diversos ordenamentos requerem outras escusas.³³

Assim, o respaldo técnico em estatísticas aferidas por métodos das ciências atuariais é parâmetro relevante para a apuração da justa classificação, mas é importante o alerta contra sua deificação. Ele apenas indica a justeza da medida, mas não determina esse atributo. Mesmo que raça ou religião pudessem estar associados, à luz de dados estatísticos, a aumento de determinado risco, seria indefensável sua utilização em razão de outros parâmetros jurídicos.³⁴

De outro lado, ainda que desprovido de respaldo atuarial, um tratamento distintivo pode eventualmente ser considerado juridicamente irrepreensível. Pense em um segurador que oferece

³² QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. cit., p. 92-97.

³³ França (art. 1.141-1 do *Code de la Santé Publique*), Bélgica (art. 58 da lei sobre seguros terrestres de 4 de abril de 2014), Portugal (arts. 11º e 12º da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro) e Áustria (art. 67 da *Gene Technology Act* de 2000), somente para exemplificar, vedam o uso de dados genéticos pelas companhias de seguro em caráter absoluto. Em outros países europeus, o tratamento legal é mais criterioso e, assim, a vedação não chega a ser total. V.g., na Alemanha, como regra, nenhum segurador pode demandar da contraparte exames genéticos ou mesmo requerer resultados de exames já realizados. Todavia, em relação aos resultados de exames já realizados, a exigência da respectiva informação é viável em certas hipóteses: quando se tratar de seguro de vida e de invalidez, e o valor do contrato exceder 300 mil euros ou a indenização em prestações periódicas não exceder a 30 mil euros por ano – Seção 4, § 18, da Lei de Exame Genético Humano, de 24 de abril de 2009 (*Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GendG)*). Normas restritivas semelhantes estão presentes nos ordenamentos suíço (arts. 26-28 da Lei Federal sobre Testes Genéticos Humanos, de 8 de outubro de 2004), britânico (*Code on Genetic Testing and Insurance*) e sueco (Seção 2 do Capítulo 2 da Lei Sueca sobre Integridade Genética).

³⁴ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 328.

seus serviços a uma grande companhia a preço irrisório, para angariar o cliente, mas recusa a contratação dos mesmos serviços a uma microempresa. Não haveria, necessariamente, ônus de demonstrar a conformidade do ato com dados estatístico, na medida em que a decisão está ancorada na autonomia do agente econômico para definir sua estratégia mercadológica. Vale a regra geral, muito bem apontada por Paulo Mota Pinto, de que, no domínio jurídico-privado, os motivos das decisões dos particulares não precisam ser relevados.

Feitas tais considerações, conclui-se que o parâmetro ora apresentado, embora importante, é insuficiente para respaldar *isoladamente* um comando antidiscriminatório no seguro, mas apenas em conjunto com os demais.

3.2.2 Essencialidade contratual

Para a perquirição da juridicidade da atividade segmentadora, é importante a constatação do grau de essencialidade do bem ou serviço a que se visa com o seguro. A relevância do seguro na vida moderna é sempre incluída no debate sobre a discriminação, a ponto de doutrinadores defenderem a existência de um direito fundamental ao seguro.³⁵

Penso, todavia, que faltam razões para se considerar a sua contratação como direito fundamental e para se incorporar, sob deduções genéricas de importância dessa espécie contratual, premissas universalizantes indiscriminadas. O contrato é instituto que dispensa

³⁵ É a orientação de Ernesto Tzirulnik. O professor argumenta que o seguro é, em sua essência, instrumento protetivo da vulnerabilidade do ser humano. Daí ser impossível se pensar na sua tutela apenas quando da execução contratual, tendo em mira o conteúdo da avença, com foco restrito no equilíbrio prestacional, mas pensá-la em termos de inclusão no sistema protetivo. Porém, segundo ele, a configuração atual do seguro espelha uma sociedade injusta e excludente, de forma que setores inteiros são alijados dos benefícios da gestão do risco, cabendo mesmo se falar em uma subdivisão da sociedade entre seguráveis e não seguráveis (“cidadãos de segunda classe” – *sic*). As ações afirmativas voltadas à inclusão destes últimos se consubstanciam, para ele, em mecanismo vocacionado a evitar o aprofundamento ou a perpetuação das desigualdades (TZIRULNIK, Ernesto. Direito ao seguro privado: discriminação e ação afirmativa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1222-1235).

por si mesmo proteção constitucional.³⁶ Muito menos se justificaria uma hierarquização rígida entre as diversas modalidades de contrato, de forma a que o seguro deteria *status* especial em face de outros tipos. Em verdade, algumas modalidades são vocacionadas a atender imperativos humanos tão ou até mais importantes, como a compra e venda e a locação, os quais instrumentalizam o acesso a bens normalmente ligados a necessidades mais comezinhas.

Tampouco comprehendo que seja útil esse escalonamento que mais baralharia instrumento e função. O contrato (de qualquer espécie) *pode ser* ferramenta para se exercer direito fundamental, mas não é ele mesmo um direito fundamental. Um contrato de prestação de serviço (instrumento), p. ex., permite o acesso à saúde e educação (que são direitos fundamentais sociais).³⁷ Assim se dá com o seguro. Ele pode ser – não necessariamente será – instrumental ao exercício de direitos fundamentais. E, quando o for, tenderá a ser mais intensa a síndicância estatal perante a recusa contratual ou a fixação de bases da avença.

Como mencionado no tópico 3.2.1, parte da doutrina estadunidense, ao tratar da delimitação da cláusula permissiva de *fair discrimination*, afasta da noção o sistema de classificação que resulta em negação de direitos positivos, incluindo o de acesso a serviços médicos.

Nos EUA, aliás, em razão da inexistência de um sistema público universal de saúde e com a finalidade de se dar acesso a serviços privados dessa natureza à maior parcela da população, em especial a composta por grupos economicamente debilitados, o Congresso americano, em 2010, aprovou o *Patient Protection and Affordable Care Act (Obamacare)*. O diploma normativo, mais do que determinar ao cidadão a contratação de seguro-saúde com coberturas básicas, impõe aos seguradores a aceitação, em igualdade de condição – inclusive de

³⁶ Por isso, não se tem notícia de algum texto constitucional moderno que tenha destinado especial atenção ao contrato e à sua força vinculante. Segundo Menezes Cordeiro, isso se deve ao enraizado do contrato à cultura jurídica e social que prescindiria, destarde, do alargamento do rol de direitos fundamentais. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. 7, Direito das Obrigações: contratos, negócios unilaterais. Coimbra: Almedina, 2016. p. 179-180).

³⁷ Em igual sentido, NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 363-364.

preço –, de todos os candidatos a segurados, independentemente do grau individualizado de risco.³⁸

Mesmo fora do âmbito do Obamacare, é amplamente interditada, nos EUA, nos termos da *Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2008, a realização de exames genéticos como condição prévia à contratação de seguro-saúde. Por outro lado, para o seguro de vida, as restrições aos exames são raras, mormente pelo fato de a essencialidade do serviço em questão não ser tão aguda como naquele outro tipo de seguro.

Também no Brasil, a tutela da acessibilidade justifica o amplíssimo rol de regras antidiscriminatórias direcionadas aos planos de saúde, sem paralelo às demais espécies de seguro. Ainda que no país exista um sistema público e universal, seu serviço é, em geral, ineficiente. A essencialidade contratual, embora não se dê por imposição legal, ocorre por imperativos fáticos de degradação do serviço público.

Em Portugal, o acesso à moradia respalda a proibição de discriminação para a celebração de seguros ligados a crédito habitacional contra portadores de risco agravado de saúde.³⁹ Por vezes, as legislações de alguns países criam um bloco de garantias obrigatórias nos seguros, com o escopo de se facilitar o acesso a bens sensíveis.⁴⁰

³⁸Para Ronald Dworkin, a normativa se justifica na moralidade constitucional, notadamente na noção de que justiça social requer o compartilhamento dos mais catastróficos riscos sociais e econômicos (A Bigger Victory Than We Knew. *The New York Review of Books*, 16 ago. 2012. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2012/08/16/bigger-victory-we-knew/>. Acesso em: 30 abr. 2021).

³⁹Art. 4º, c, da Lei nº 46/2006, de 28 de agosto.

⁴⁰É o caso da Bélgica que impõe que, em seguro de danos contra incêndios, também sejam cobertos dados advindos de outras catástrofes naturais, como terremoto, inundação, refluxo de esgotos públicos e deslizamento de terras. Dessa forma, o segurador não é obrigado a firmar contrato com quem reside em imóvel situado em área com potencial acentuado de deslizamento de encosta. No entanto, se for firmado um que cubra risco de incêndio, a garantia pelo deslizamento estará indissociável. Objetiva-se com a norma o desestímulo à segmentação, a fim de que se amplie a proteção do direito social de moradia em face de eventos traumáticos (art. 123 da lei belga sobre seguros, de 4 de abril de 2014).

Na França, para seguros coletivos de trabalho com cobertura de riscos ligados à integridade física, incapacidade laboral, maternidade e saúde, é interditada, entre outras restrições, a exclusão de patologias ou de condições preexistentes.⁴¹ O objetivo do regime é a tutela da isonomia nas relações trabalhistas. Inegável também que os interesses existenciais circundantes justificam as regras derrogatórias da liberdade do segurador.⁴²

A proteção legal contra discriminação nos casos examinados possui o escopo de alargamento do acesso a utilidades essenciais.

A essencialidade pode decorrer não só por imperativos fáticos, mas por causas jurídicas. Isso ocorre nas situações de seguros cogentes, cuja obrigatoriedade comumente respalda um regime limitador da autonomia do segurador. É o caso emblemático no Brasil do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT, em que sequer existe segmentação individualizada de risco.

No âmbito europeu, para se tutelar a universalização do seguro obrigatório de responsabilidade civil em favor de terceiros por direção veicular, contemplada em normas comunitárias,⁴³ os ordenamentos domésticos vêm lançando mão de regimes intermediários pelos quais, ao mesmo tempo em que se prestigia certa medida de autonomia das companhias especializadas, resguarda-se o direito-dever dos condutores de o contratarem.⁴⁴

⁴¹ Art. 2º da Loi n° 89-1009, du 31 décembre 1989 – *Loi Érin*.

⁴² DURRY, Georges. La Sélection de la clientèle par l'assureur: aspects juridiques. *Risques*. n° 45, Mars. 2001, p. 45-71.

⁴³ Diretivas do Conselho da União Europeia n°s 2005/14/CE, 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE e 90/232/CEE.

⁴⁴ Em Portugal, segundo o art. 18º do Decreto-lei n° 291/2007, de 21 de agosto, em caso de recusa de aceitação do seguro por pelo menos três companhias, o proponente poderá recorrer à Autoridade Supervisora de Seguros. A entidade estabelecerá, então, condições contratuais e indicará uma empresa que terá, por sua vez, a obrigação de contratar, sob pena de suspensão da exploração desse tipo de seguro.

Na Bélgica, o interessado que tiver três negativas pode instaurar um processo no *Bureau de Tarification* para uma fixação do prêmio e estipulação de condições contratuais; por fim, um fundo comum de garantia respaldará financeiramente o contrato (Capítulo II-bis da lei belga de 21 de novembro de 1989 sobre seguro obrigatório de responsabilidade em matéria de veículo automotor).

Em todos os exemplos supracitados, as restrições à autonomia do segurador partiram de deliberação expressa e específica do legislador. É importante, por outro lado, discutir se o parâmetro da essencialidade gozaria de pujança suficiente para respaldar tais restrições independentemente de previsão pontual em lei *stricto sensu*.

Em ordenamentos em que a dignidade da pessoa humana figura na Constituição e se admite a incidência ocasional do princípio às relações privadas, como é caso do brasileiro, não se pode negar em abstrato o papel da essencialidade como vetor de restrição da autonomia negocial do segurador, para além das restrições situadas em nível infraconstitucional.

A dignidade pressupõe a garantia de condições materiais mínimas para o efetivo exercício da autonomia do sujeito, o que pressupõe a fruição de bens e serviços elementares, como educação, saúde, habitação, vestuário e alimentação.⁴⁵ Decerto, o Poder Público é o principal agente de promoção dessas condições mínimas, mas eventualmente os particulares também o são, dentro de matizes próprias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Na jurisprudência, a proteção do mínimo existencial em relações privadas tem aparecido com certa frequência.⁴⁶

É pertinente, nesse aspecto, a compreensão de Teresa Negreiros de que as necessidades humanas não podem ser elemento indiferente à teoria contratual. A partir dessa premissa, a jurista propõe, em agregação às tradicionais classificações de bens, a divisão entre bens supérfluos e essenciais, levando-se em consideração a sua destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante. Daí,

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 512; ainda sobre o tema, remete-se à célebre obra de Ricardo Lobo Torres, *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 81; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432; BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013. p. 63-77.

⁴⁶ Nesse sentido, entre outros, SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 213-214.

surge o prólogo: quanto mais essencial for o objeto, maior deve ser a intervenção estatal.⁴⁷

Na definição de limitações à segmentação do risco, a equação é pertinente: quanto mais essencial for o objeto a que visa com o seguro, mais intensa deve ser a contenção à autonomia do segurador. Ela é legítima, sob tal prisma, em plano de saúde, previdência privada, seguro por acidente de trabalho (sobretudo quando sua contratação for condição *sine qua non* para o exercício de atividade laborativa), seguro para acesso a crédito habitacional ou estudantil, entre outros.

Valoroso o cuidado de que a essencialidade a que se deve ter em foco não é a patrimonial, mas a existencial.⁴⁸ No seguro, é preciso cautela, haja vista que a mera qualificação do seu tipo não necessariamente aponta para a predominância da função. É o que se dá com o seguro de vida. A vida é bem essencial por excelência, o que pode conduzir à conclusão reflexa de que o seguro de vida também o seja. Todavia, a ilação não deve ser tão simplista, tendo em vista que sua pactuação não visa assegurar a vida, mas sim respaldar financeiramente o beneficiário em caso de morte ou sobrevivência.⁴⁹

Será que o seguro de vida é funcionalizado à satisfação de uma necessidade humana existencial? Até determinado limite, a resposta é afirmativa. Com o falecimento do esteio da família, a indenização pode ser considerada imprescindível para a manutenção das necessidades básicas dos seus dependentes. Na velhice, o capital pago em prestações pode ser tido como extremamente vital para a complementação de renda, a fim de fazer frente aos gastos crescentes decorrentes da idade avançada (aquisição de medicamentos e pagamento da mensalidade majorada de plano de saúde).

Porém, não se ignora a ausência de teto legal para a fixação do benefício (art. 789 do CC). Assim, o seguro de vida pode tanto garantir

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. cit., p. 388-393.

⁴⁸ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

⁴⁹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Roncarati, 2016. p. 237.

a manutenção de necessidades elementares quanto ser fonte de conservação de alto padrão financeiro ou mesmo de enriquecimento. A extensão desmesurada de normas antidiscriminatórias nesse campo pode ser antifuncional. Imagine, para ficar em reiterado exemplo da doutrina, que os pais de uma criança portadora de uma patologia monogenética fatal contratassem seguro de vida para recebimento de indenização multimilionária com a sua morte e o segurador não pudesse precificar o risco majorado.

3.2.3 Vulnerabilidade do grupo potencialmente destinatário de tratamento desfavorável

Quanto maior a vulnerabilidade do interessado, maior deve ser a restrição estatal da atividade de segmentação de risco. Afinal, a mitigação da autonomia dos agentes econômicos se respalda, entre outras razões, no desnível de poderes privados.⁵⁰ Mas quem seria o agente vulnerável a se destinar proteção contra práticas discriminatórias no seguro?

Norte jurídico palatável é o enquadramento do seguro no conceito de contrato de consumo, desde que preenchidos os requisitos legais. O art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor – CDC reconhece a “vulnerabilidade do consumidor”. Essa fragilidade juridicamente qualificada do consumidor justifica em seu favor uma normativa limitadora da liberdade contratual do segurador.⁵¹

A jurisprudência aplica abundantemente o diploma aos seguros. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, com suporte nele, vem construindo

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, a. 1, n. 10, p. 6194, 2012; QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. As normas restritivas de cláusula arbitral e a proteção do contratante vulnerável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, v. 20, jul./set. 2019, p. 122.

⁵¹ Art. 3º, § 2º, do CDC.

Evidente que nem todo seguro perfaz uma relação desse tipo, mas apenas aquele em que se fazem presentes os seus pressupostos, inclusive o teleológico, contemplados no art. 2º do diploma legal (cf. PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão”. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Orgs.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233).

uma jurisprudência extremamente protetiva aos consumidores.⁵² Não se pode descartar, destarte, seus efeitos para abranger também a delimitação do peso da mão do Estado sobre a atividade de segmentação de riscos.

É, todavia, curial ter em conta que a debilidade comporta gradações. A doutrina enfatiza a existência de grupos detentores de uma prostração agravada (hiper vulneráveis), os quais demandam ainda maior amparo:⁵³ como os idosos,⁵⁴ crianças e adolescentes⁵⁵ e portadores de necessidades especiais.⁵⁶ O próprio CDC reconhece a debilidade potencializada de determinados consumidores (art. 39, IV).

Por isso, as normas antidiscriminatórias no seguro são, em geral, voltadas à proteção de hiper vulneráveis (*v.g.* limite etário de escalonamento de prêmios nos planos de saúde para proteção de consumidores idosos). Em alguns países europeus, é terminantemente proibida ao segurador a utilização de testes de predisposição genética em menores de idade.⁵⁷ As normas de alguns estados norte-americanos, que expressamente interditam a seleção de risco com base em raça, origem nacional e religião, têm por escopo proteger indivíduos integrantes de grupos marginalizados.

Caso polêmico que tangencia a temática foi apreciado pelo STJ em 2011. Um seguro de vida era anual e automaticamente renovado, por aproximadamente 30 anos. Quando o segurado já contava com aproximadamente 70 anos de idade, a companhia notificou sua intenção de não renovar mais o contrato (nos termos clausulados), mas ofereceu a contraproposta de manter a relação com prêmios excessivamente superiores e com redução de cobertura. O segurado ajuizou demanda para impelir a renovação do contrato nas mesmas bases vigentes ao longo das três décadas.

⁵² Citam-se, para ilustrar, os enunciados 229, 278, 465 da Súmula do STJ.

⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Orgs.) Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

⁵⁴ art. 230 da CF e Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

⁵⁵ art. 227 da CF e Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁵⁶ arts. 227, § 1º, II, e § 2º, e 244 da CF e Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

⁵⁷ *V.g.*, Seção 2 do Capítulo 2 da Lei Sueca sobre Integridade Genética.

O Tribunal julgou indevida a postura da companhia. Para a ministra-relatora, apesar de se estar formalmente diante de diversos contratos, o longo período de constantes renovações fez com que todos eles estivessem funcionalmente interligados, de forma que não se estaria diante de vários, mas de único contrato de natureza relacional (ou cativo de longa duração) a se atrair de forma mais intensa deveres anexos de cooperação e solidariedade, decorrentes da boa-fé. A postura do segurador, dessa maneira, seria uma rescisão abrupta do vínculo. Os deveres anexos exigiriam que ele, para manter o equilíbrio econômico atuarial da avença, lançasse mão de um plano de readequação contratual acompanhado de um escalonamento lento e gradual dos prêmios.⁵⁸

Entendo que a decisão foi acertada, pelo modo abusivo de exercício do direito subjetivo do segurador. Por outro lado, penso que a decisão seria diversa caso o segurado não fosse idoso. A sua anciانidade, como elemento maximizador da vulnerabilidade, foi levada em conta no julgado.⁵⁹

Assim, como pano de fundo da decisão, encontra-se a preocupação em se proteger grupos de consumidores mais vulneráveis.⁶⁰ O referido parâmetro não deve ser olvidado na definição das restrições à liberdade das companhias de seguro.

3.2.4 Nível de reprovação jurídica do uso do fator de discriminação

Existem critérios de distinção intersubjetiva, cujo uso nos seguros por si mesmo, independentemente da sua fiabilidade como referência atuarial, sofre censura jurídica.

⁵⁸ REsp 1073595/MG, rel. min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 23/03/2011, DJe 29/04/2011.

⁵⁹ Esse fundamento ficou assentado no voto do ministro Luis Felipe Salomão: *O alegado desequilíbrio contratual verificado pela Seguradora, (...), não se mostra compatível com os princípios da boa-fé e da lealdade contratual entre as partes, especialmente porque hoje o segurado/consumidor possui idade avançada, e, portanto, é ainda mais vulnerável e dependente do contrato firmado há décadas.*

⁶⁰ Com críticas à postura do segurador, ao comentar o julgado do STJ, PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão. *cit.*, p. 246.

Remanesce, não obstante, dificuldade metodológica para se definir – quando não o faz o legislador infraconstitucional – quais seriam esses fatores de uso condenável no campo específico dos seguros.

Em ilação reducionista, suficiente seria a importação formalista do rol de traços genericamente interditados. A simplificação, contudo, é inepta. O art. 1º, IV, da CF, *v.g.*, prevê uma série de critérios distintivos suspeitos: origem, raça, sexo, cor e idade. No Brasil, porém, idade e sexo são comumente empregues na distinção de condições contratuais no seguro, sem que a prática necessariamente coexista com um sentimento social e jurídico de reprovação. No entanto, o mesmo não ocorreria na hipótese de alargamento da segmentação para os outros atributos. Plausível, na conjectura de utilização de raça, origem e cor, que a reação do Judiciário seria obstativa.

Na Europa, por outro lado, o gênero é critério vedado mesmo no seguro. O Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, em apreciação do famoso caso alcunhado de *Test-Achats*, refutou qualquer discriminação desse tipo.⁶¹ A decisão tomou por amparo rol de atributos humanos interditados da Carta de Direitos Fundamentais do Bloco. Mas a lista da Carta é bem mais ampla, pois abarca “raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”. Entretanto, a prática de distinção etária no seguro-saúde, no seguro de vida, no de automóvel e até no de viagem é largamente aceita.⁶² Em vários países da comunidade europeia permite-se também, ainda que em hipóteses restritas, o uso de informações genéticas pelos seguradores. Então, a lógica extraída da decisão do Tribunal não foi universalizada.

⁶¹ Acórdão TJUE de 01º de março de 2011, processo C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* e outros v. *Conseil des ministres*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0236>. Acesso em: 29 abr. 2021).

⁶² Anexo do Study on the use of age, disability, sex, religion, or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors. EUROPEAN COMMISSION. Disponível em: <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&yearKey=fisec&mode=advancedSubmit&langId=en>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 27.

A dificuldade de se precisar os signos reprováveis no seguro decorre de que a sua suspeição não perpassa por uma qualificação extrema do tipo tudo ou nada. Existem níveis diferentes de reprovabilidade endereçado a cada signo distintivo. Alguns são tidos quase sempre como inaceitáveis sob a ótica dos valores jurídicos partilhados pela sociedade; outros já são admitidos com menor ou maior facilidade, a depender do contexto. Por vezes, destarte, o critério transita em uma zona cinzenta em que dificilmente prevalece consenso médio sobre a equidade da sua adoção.

O gênero, para retomar o exemplo, é ilustrativo. Na Europa, diversos ordenamentos nacionais permitiam, antes da decisão do TJUE, a segmentação nos seguros com esteio no sexo. A postura dos parlamentos parece infirmar que permeia no seio social dos países do continente tamanha refutação contra a utilização do critério. Não se ignora também que a imposição do sistema de tarifação unissex pelo TJUE sofreu severa crítica da doutrina e da opinião pública.⁶³

Já no Brasil, como descrito, o uso difundido desse critério nos seguros de automóvel e de vida é raramente exposto a críticas. A doutrina nacional quase em uníssono, ao comentar o *Test-Achats*, rechaça a importação do entendimento.⁶⁴ Porém, como dito, o juízo quanto à utilização do critério é fluido a depender do contexto. Tanto no Brasil quanto na Europa há certo consenso quanto à reprovabilidade de distinção de gênero no seguro-saúde.

Outra dificuldade de se proibir a segmentação de risco pela simples apreciação dos signos humanos sensíveis elencados na Constituição reside na potencialidade de se sintetizar artificialmente a ampla multiplicidade de aspectos da natureza humana juridicamente

⁶³Sobre as críticas à decisão, cf. PENIDO, Thiago; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Proibição de discriminação de preço por gênero nos contratos de seguro: análise econômica da decisão do Tribunal da União Europeia. *Revista de Derecho Privado*, n. 23, p. 89-117, 2012.

⁶⁴Nesse sentido, JUNQUEIRA, Thiago. Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro. *cit.*, p. 311-313; FORIGO, Camila Rodrigues; MOTTA, Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna. Da possibilidade de cobrança de prêmio unissex nos contratos de seguros automotivos: uma análise comparada a partir da proibição de discriminação de gênero na União Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, p. 191-219, jan./jun. 2016.

tuteláveis. Se o rol de sinais suspeitos são funcionalizáveis à proteção da pessoa humana e a manifestação da humanização da pessoa não fica encerrada em um rol *numerus clausus*, é viável se inferir que, ao lado dos signos previstos na Constituição como interditados, coexistam outros indicativos de análoga aptidão discriminatória, como o traço genético, a orientação sexual, a convicção política, todos ausentes como tal na Constituição Federal.

Pelo exposto, nem todo atributo listado de maneira genérica como vedado na Constituição é em absoluto proscrito nos seguros – a sua presença no rol apenas indica a fumaça de ilicitude, mas esta pode ser afastada a depender do contexto e do nível de reprovação que sobre ele recai. Por outro lado, nem todos os atributos vedados estão contemplados expressamente no texto constitucional e em leis esparsas, dado o caráter expansivo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale observar que, nos EUA, inexiste catálogo constitucional de signos vedados. Tendo em conta isso e, em paralelo, a ideia de variabilidade de grau de suspeição social de uso de predicados humanos, a Suprema Corte desenvolveu parâmetros para a aferição da juridicidade de medidas que importam em tratamentos desiguais. A própria expressão *socially suspect classifications* nasceu no debate sobre a interpretação da *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda.

A concepção básica da Corte é a de que, na apreciação de conformidade de atos estatais (ou análogo a eles) com a Emenda, não se proíbe em abstrato a adoção de determinado critério, mas se distingue o ímpeto do escrutínio judicial a depender do nível de repúdio social da medida. Vale dizer que os atos que destinam tratamentos diferenciados entre grupos são considerados válidos, contanto que respaldados em uma “base racional” (*rational basis*); contudo, para alguns critérios tidos como suspeitos, requer-se um rigor mais intenso no controle de validade.

Nesse sentido, a Suprema Corte se utiliza de alguns parâmetros, como: (a) o histórico de discriminação contra o grupo em apreço; (b) a capacidade de a característica diferenciada do grupo beneficiar a sociedade; (c) a imutabilidade da característica diferenciada; e (d) a vulnerabilidade do grupo a que se destina o tratamento diverso, levando-se em conta o seu déficit de representatividade política. Mencionados *standards* possuem a serventia de identificar as classificações suspeitas e ainda de definir o quanto elas seriam

suspeitas, a fim de estabelecer o nível de escrutínio. Baseados nesses critérios, religião,⁶⁵ raça⁶⁶ e origem⁶⁷ foram identificadas pela Corte como qualificações extremamente suspeitas e, destarte, sujeitas ao nível mais elevado de desconfiança (*strict scrutiny*). Ao lado desse grupo, identificam-se traços, como o gênero, em que o controle é de intensidade intermediária: são as denominadas características quase suspeitas (*quase-suspect characteristics*).⁶⁸

O raciocínio vale para os países de tradição romano-germânica por conta da elasticidade do rol de traços interditos e da variedade de grau de suspeição na utilização de cada um deles. A partir da aferição contextualizada do nível de suspeição de cada um, vale o seguinte modelo paradigmático: quanto mais suspeito for o signo utilizado pelo segurador para segmentação de riscos, mais intenso será o indício da ilicitude da prática. A sindicabilidade sobre ela será mais vigorosa. Se, em outro giro, a intensidade da suspeita for diminuta, a tendência de contrariedade jurídica por sua utilização é menor e o escrutínio de validade será mais brando.

3.2.5 Relevância da vontade do segurado no fator de risco

A controlabilidade do fator de risco é frequentemente invocada nos debates acerca da discriminação nos seguros. Sob tal ângulo, traços humanos sobre os quais seu portador não exerce direção deveriam ser de uso proibido ou seriamente restringido pelas operadoras de seguros, ao passo que aspectos imputáveis à escolha fazem recair dose

⁶⁵ *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

⁶⁶ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁶⁷ *Oyama v. State of California*, 332 U.S. 633 (1948). Aliás, mesmo o STF considera a discriminação de origem como extremamente repulsiva, a ponto de alargar o universo de destinatários de direitos e garantias fundamentais ao estrangeiro não residente no país, mesmo contra a literalidade do *caput* do art. 5º da CF (vide, entre outros, HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16/9/2008, DJ 27/2/2009).

⁶⁸ AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle D.; SCHWARCZ, Daniel Benjamin. Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws. *Law & Economics Working Papers*, p. 1-52, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=law_econ_current>. Acesso em: 30 abr. 2021, p. 17.

maior de responsabilidade pessoal, de forma a se retrair a intervenção socializadora do Estado sobre a autonomia do segurador.⁶⁹

O critério é copiosamente empregado para a delimitação de sinais suspeitos pelo legislador e pela jurisprudência. A Constituição Federal, ao elencá-los no já aludido art. 3º, IV, faz apenas menção a aspectos alheios ao querer do agente: “origem, raça, sexo, cor, idade”. A Suprema Corte norte-americana, em *Frontiero v. Richardson*, considerou o gênero como fator suspeito de classificação, sob o fundamento de que ele “é uma característica imutável determinada somente por acidente de nascença”.⁷⁰ O raciocínio, aliás, foi central quando da proposição inicial da Comissão Europeia a fim de se elaborar a Diretiva do Conselho com vistas a implementar o princípio da igualdade de gênero no acesso a bens e serviços.⁷¹

Como alerta Leah Wortham, todavia, decidir que a controlabilidade do atributo deve ser considerada na atividade de seleção de risco não responde a todas as questões sobre como aplicar a máxima em cada tipo de seguro e de fator de discriminação.⁷²

Tampouco é fácil definir quando um fator está sob o controle do seu portador. Para exemplificar, mesmo que indivíduos exerçam algum nível de cuidado sobre o seu estado de saúde, esse controle é obviamente limitado: pessoas com estilo de vida saudável ficam doentes e alguns obesos detêm uma longevidade invejável.

Ainda que teoricamente se pudesse apenas responsabilizar as pessoas, pela lógica de justiça rawlsiana,⁷³ por características de

⁶⁹Tratando de discriminação nas relações privadas em geral, e não especificamente em seguro, Paulo Mota Pinto também compartilha do entendimento de que a apuração da qualidade modificável/imodificável da característica é critério que deve ser levado em consideração no debate sobre restrições à autonomia privada (MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. *cit.*, p. 334-337).

⁷⁰Tradução livre. 411 U.S. 677 (1973).

⁷¹DEVOET, Claude. Assurance, différenciation et discrimination. *cit.*, p. 69-70.

⁷²WORTHAM, Leah. Insurance Classification: too Important to be left to the Actuaries. *cit.*, p. 388.

⁷³Sobre a relação entre a concepção de justiça de John Rawls e a discriminação nos seguros, cf. QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *cit.*, p. 112-113.

saúde relacionadas a uma escolha pessoal, seria mesmo questionável e hercúlea a definição do que seja escolha nesses domínios. Muitos comportamentos aparentemente voluntários são, em verdade, resultados de hábitos adotados na tenra idade ou de vícios, em alguns casos, correlacionados a inúmeros fatores sociais e familiares estranhos ao domínio do agente, como pobreza, particularidades culturais e traumas infantis.⁷⁴

Apesar das ocasionais dificuldades conceituais, a controlabilidade do elemento de *discriminem* é importante parâmetro de aferição da juridicidade da discriminação no seguro. O exercício reduzido da autonomia do agente na conformação de seus atributos pessoais, neste caso, justifica a imposição de deveres de solidariedades mais intensos.

3.2.6 Grau de intromissão na privacidade

A privacidade é direito fundamental e direito da personalidade.⁷⁵ Como significado de empoderamento do cidadão sobre as informações que projetem aspectos de sua personalidade,⁷⁶ ela guarda irrefutável relevância nos seguros, porque dados pessoais são insumos centrais da atividade. Vale recordar que os seguradores os utilizam para a mensuração dos riscos ligados a propostas negociais.

Nesse sentido, é importante trazer à baila alguns dispositivos da Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) que contemplam *regras instrumentais* (regulamentadoras do modo de obtenção e de tratamento) endereçadas ao segurador na qualidade de controlador de dados das pessoas naturais, como, *v.g.*, o dever de guarda e proteção, e de não desvirtuamento da sua utilização para finalidades diversas daquelas para as quais se justificou a coleta.⁷⁷

⁷⁴ AVRAHAM, Ronen; *et al.* Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws. *cit.*, p. 16.

⁷⁵ art. 5º, X, da CF e art. 21 do Código Civil.

⁷⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.* Tradução Danilo Doneda e Luciana C. Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23-24.

⁷⁷ A LGPD, no art. 6º, I, na mesma direção do RGPD, consagra para atividade de tratamento de dados pessoais no Brasil o princípio da finalidade, o qual *impõe a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos*

As limitações ora descritas são *ex post* ao momento de colheita das informações.

Vale, entretanto, a indagação sobre se a normativa protetiva da privacidade impinge alguma restrição *ex ante* à captação de dados pessoais. Em caso afirmativo, ela se constituiria em verdadeira limitação ao selecionamento de riscos. Ou seja, na hipótese de o segurador não poder validamente recolher determinados dados ou tiver restrições mais agudas para a recolha, por consectário lógico também não poderá – ou terá maior dificuldade de – deles se valer para o escopo de se apurar probabilidades atuariais.

Os deveres da LGPD acima apontados não apenas vinculam o segurador após o tratamento de dados pessoais, como também tem o condão de refrear que ele mesmo se valha de informações obtidas por terceiros, para fins de segmentação. Com isso, contribui-se para a manutenção de um ambiente de tratamento protegido e confiável e que acaba por inibir problemas gerados por uma desconfiança generalizada de vazamento de informações personalíssimas e de utilização furtiva por seguradores. É o caso de pessoas que, ao se submeterem a testes genéticos, optam pelo não compartilhamento dos resultados, mesmo que anonimizados. O compartilhamento é socialmente benéfico, pois subsidia o avanço científico.

Ainda quanto às limitações instrumentais, a Lei prevê princípios de livre acesso e de transparência do tratamento de dados pessoais (art. 6º, III e IV). Eles ganham relevância ímpar para a atividade de

e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. Segundo Danilo Doneda e Mário Viola, a finalidade se caracteriza como uma “espécie de afetação dos dados pessoais, já que a relação de compatibilidade com o objetivo para o qual os dados foram fornecidos acompanha-os e deve ser levada em conta em qualquer tratamento posterior ao qual sejam submetidos (DONEDA, Danilo; VIOLA, Mario. Risco e informação pessoal: o Princípio da Finalidade e a proteção de dados no ordenamento brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 94-95, out. 2009/mar. 2010.). O princípio também possui previsão no art. 7º, VIII, a, da Lei nº 13.709/18 (Marco Civil da Internet).

As disposições, portanto, consubstanciam séria restrição à atuação do segurador para coleta e processamento de informações de banco de dados de terceiros e para a divulgação de dados por ele mesmo captados dos clientes e potenciais clientes.

categorização de probabilidades, pois conferem ao titular dos dados o direito de requisitar, sem custos, ao segurador, a “confirmação da existência do tratamento”; o “acesso aos dados” utilizados para a segmentação; e a retificação de dados inexatos ou desatualizados”; além do direito de oposição ao tratamento desguarnecido de fundamento jurídico (art. 18). Isso obsta, p. ex., que algum proponente de seguro seja surpreendido com recusa da proposta ou qualquer tipo de arranjo contratual piorado, sem que possa saber a razão para tanto e eventualmente questionar a veracidade das circunstâncias que conduziram à decisão da companhia securitária e a legitimidade da medida.

A LGPD consagra também *limitações substanciais* (quais dados e sobre quem). O art. 6º do diploma legal estatui que “as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé” e alguns princípios, como o da não discriminação, o qual impossibilita a “realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (inciso IX). A *contrario sensu*, reside no preceito norma permissiva de tratamento *discriminatório*, contanto que seja lícito e não abusivo. Nesse quadrante, a lei *a priori* não trouxe significativa novidade à atividade segmentadora de risco – mas reforça o que já é consagrado em diversos preceitos do Código Civil a respeito da boa-fé e do abuso de direito.

Porém, para não lhe fazer letra morta, é extraível do dispositivo, que não uma proibição absoluta, ao menos um paradigma de evitabilidade o *quanto possível* de manuseio de dados pessoais, para fins de respaldo de tratamentos diferenciados entre indivíduos com base em perfis coletivistas. A disposição legal também reclama do operador do direito que extraia do ordenamento jurídico, quando da colmatação do conteúdo aberto de discriminação, padrões mais restritivos de controle do que os ordinários. Ou seja, o caráter pessoal da informação possui o efeito de enrijecer o escrutínio sobre a licitude do tratamento diferenciador dele decorrente.

O princípio da necessidade corrobora o exposto (art. 6º, III). Segundo ele, as atividades de tratamento de dados pessoais devem se limitar “ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Em linhas gerais, o legislador nada mais fez do que incorporar, sob as roupagens de *necessidade* e *adequação*, o longevo e transversal princípio

da proporcionalidade,⁷⁸ com conteúdo bastante consolidado na doutrina e na jurisprudência.

É insuficiente, sob tal ótica, para se atribuir legitimidade ao tratamento de informações pessoais do candidato a segurado, que elas sejam aptas à apuração do risco da contratação. Em paralelo, importante que, restando outro caminho menos agressivo a direitos ligados à dignidade da pessoa humana, seja este o adotado, em detrimento do tratamento de dados pessoais, que se consubstanciaria em *ultima ratio*. E, ainda que seja a única medida adequada ao atingimento do mesmo objetivo, a proporcionalidade em sentido estrito interditaria o tratamento quando o prejuízo ao direito contraposto fosse excessivo, de modo a que, em atividade típica de ponderação de interesses colidentes, este último prevaleça.

Sem embargo à dificuldade da adoção da técnica da ponderação, a própria LGPD fornece subsídios ao operador do Direito, em especial pela previsão de elementos objetivos e subjetivos de endurecimento da avaliação de juridicidade da medida.

No que concerne ao elemento objetivo, importa observar que inexiste homogeneidade de vigor na tutela de dados pessoais.⁷⁹ A LGPD estabelece um regime qualificado destinado aos *dados pessoais sensíveis*, cujo tratamento tem maior propensão de exposição da

⁷⁸ Mario Viola e Leonardo Heringer Matos, ao comentarem a disposição normativa, vislumbram uma exigência de “parcimônia na coleta de dados”, para que o segurador deixe de impor o fornecimento de dados irrelevantes para a avaliação de riscos ou para o cumprimento de deveres legais e regulatórios (VIOLA, Mario; MATOS, Leonardo Heringer. Proteção de dados pessoais no setor de seguros: a boa-fé objetiva como fonte irradiadora de deveres e os reflexos da Lei nº 13.709/2018 na relação entre segurado e seguradora. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 9, p. 57-58, nov. 2018). A significação do dispositivo em apreço, todavia, é mais ampla do que a apontada pelos autores. Afinal, a *relevância* ou *pertinência* é somente um dos corolários do princípio extraído da conceituação legal – o qual, aliás, parece se confundir com a do princípio da adequação do inciso II do art. 6º da lei. Ao lado da pertinência, subsistem, pela dicção do preceito, a proporcionalidade e o não excesso.

⁷⁹ Isso nos remete, aliás, à imagem alegórica de três círculos concêntricos representativos da vida privada que serviu à alcunhada Teoria dos Círculos Concêntricos, desenvolvida na Alemanha na década de 50 por Heinrich

intimidade do titular e de incrementar práticas discriminatórias (art. 5º, II). A lei não proíbe em abstrato tratamento de dados sensíveis, mas as situações legitimadoras de seu tratamento são ainda mais restritas do que as endereçadas aos demais dados pessoais. O art. 11 da LGPD arrola as hipóteses autorizativas. Entre elas, o inciso I contempla o consentimento qualificado (“de forma específica e destacada, para finalidades específicas”). Isso impede que, para o tratamento desses dados, o segurador se valha de cláusulas inseridas no meio da minuta contratual, desprovidas de grifo textual, com autorizações genéricas e preventivas.

Além disso, aquele permissivo, além de impor um dever especial de consentimento, indica uma carga mais intensa de proteção destinada aos dados pessoais sensíveis. Em síntese, se o tratamento dos dados pessoais deve ser evitado o quanto possível, os dos sensíveis, deve ser ainda mais.

Por fim, o elemento subjetivo de endurecimento da avaliação de juridicidade consagrado no estatuto diz respeito à menoridade do titular dos dados. Não que se interdite o tratamento de dados pessoas de crianças e de adolescentes, mas as normas correlatas são bem mais restritivas.⁸⁰ Assim, é significativo ao operador do direito

Hubmann. Segundo ela, a manifestação da privacidade seria dividida em esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*); a esfera privada propriamente dita (*Privatsphäre*); e, por derradeiro, a esfera pessoal, que abrangeia a vida pública (*Öffentlichkeit*). A ideia básica da doutrina, de forma bem sucinta, é a de que se reclama maior robustez na proteção estatal, à proporção que um fato ou atributo pessoal se aproxima do centro comum das esferas e menor robustez, quanto mais próximo à borda da maior esfera. A diferenciação foi encampada por juristas de diversos países, com certas adaptações (Heinrich Hubmann. “Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion”, 1957, p. 524, ID, Das Persönlichkeitsrecht, 2. ed., Köln/Graz, 1967, §34, p. 268-271 apud MOTA PINTO, Paulo. A proteção da vida privada e a Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXVI, 2000. p. 163).

⁸⁰O art. 14 do diploma consagra princípio do melhor interesse em deferência ao comando protetivo do art. 227 da CF. Assim, apenas é legítimo o tratamento de dados desses sujeitos especialmente tutelados quando for em seu benefício. E, para as crianças (pessoa até 12 anos incompleto – art. 2º da Lei nº 8.069/90), ainda se faz necessário o consentimento dos responsáveis legais. À primeira vista, portanto, é lícita a utilização de dados pessoais de menores para categorizar riscos nos seguros a resposta seria negativa.

perceber a *ratio legis* de ampliação tutelar da privacidade dos sujeitos em desenvolvimento, de forma que a menoridade sirva de critério adicional restritivo do tratamento de dados pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, foram delineados parâmetros normativos para a sistematização do regime brasileiro antidiscriminatório nos seguros. Eles são úteis para: (a) a interpretação de normas sobre a matéria; (b) a perquirição da compatibilidade vertical dessas normas com a Constituição; (c) o norteamento da incidência imediata das normas constitucionais ao seguro; e, por vezes, (d) o direcionamento da atividade legiferante. Podem ser sintetizados da seguinte forma:

Existência de fundamento atuarial. A ausência de respaldo atuarial fidedigno para a segmentação de risco aponta para a violação ao princípio da igualdade e para uma postura arbitrária. O critério, todavia, não é absoluto, mas meramente indicativo de licitude.

Essencialidade contratual. O seguro pode ser instrumento para fruição de bens e serviços essenciais por imperativos fáticos (necessidades fundamentais à satisfação de um padrão de vida digno) ou jurídicos (seguros cogentes). As restrições estatais à atividade securitária serão mais incisivas quanto mais essencial for o interesse a que se visa com o contrato.

Porém, é preciso ter em conta que o que se interdita é o uso de informações pessoais para dispensar tratamento menos favorável, isto é, permite-se a utilização consentida de dados em benefício da criança ou do adolescente. Então, ao menos pela regra insculpida no aludido dispositivo, poderia, p. ex., o menor demonstrar, em formulário de questionamento de risco, gozar de um estado de saúde acima do ordinário e, com isso, ser contemplado com condições contratuais melhores em seguro de vida, como um desconto no prêmio. Natural que, no plano coletivo, isso seja capaz de render ensejo à continuidade de uma política contratual discriminatória. No exemplo, se todos os menores saudáveis fossem contemplados com benefícios contratuais por exporem dados médicos, as bases pactuais ditas *ordinárias* (ou seja, sem o desconto) ficariam mais severas do que a média e se destinariam, por isso, àqueles desprovidos de estímulos factuais para fornecerem o consentimento, isto é, justamente os não saudáveis. Então, é preciso não desatender que a medida aparente neutra (tratamento de dados de menores para beneficiá-los) porventura dissimularia prática de discriminação indireta.

Vulnerabilidade do grupo potencialmente destinatário de tratamento desfavorável. O controle heterônomo sobre o contrato de seguro deve se intensificar em proporção à fragilidade dos interessados. A vulnerabilidade é qualificação reconhecidamente destinada ao consumidor. Ainda que não se extraia do CDC proibição absoluta à recusa de proposta contratual do candidato a subscritor de seguro, o princípio de acessibilidade sem discriminação, nele consagrado, aumenta o escrutínio estatal sobre a licitude da segmentação.

A vulnerabilidade comporta gradações. Há grupos detentores de fragilidade agravada (idosos, crianças, adolescentes e portadores de necessidades especiais). A eles, destina-se maior proteção em face de práticas de segmentação de risco se comparada à destinada aos consumidores comuns.

Nível de reprovação jurídica do uso do fator de discriminação. O uso de determinados signos humanos distintivos sofre especial censura. Alguns estão expressamente arrolados na Constituição Federal, como a origem, a raça, o sexo, cor e idade (art. 1º, IV). Contudo, o rol é exemplificativo. Ademais, a suspeição do atributo não é qualificação inevitável, mas contextual e gradual. Assim, nem toda a característica prevista na Constituição genericamente como de utilização vedada é proibida no seguro. É imperioso perquirir o nível de suspeição social do seu uso, a partir de critérios objetivos (*v.g.*, o histórico de discriminação do grupo). A partir daí, conclui-se que alguns traços humanos são extremamente suspeitos e sua utilização é absolutamente interditada mesmo nos seguros (*v.g.*, raça, origem, orientação sexual, credo, sindicalização, orientação política); outros não fazem incidir senão um escrutínio estatal mais rigoroso sobre a juridicidade da medida. Em suma, quanto mais suspeito o sinal, maior o escrutínio.

Relevância da vontade do segurado no fator de risco. A redução fática da vontade na causa de incremento de risco (atributos incontroláveis) faz diminuir a reverência estatal à autonomia privada.

Grau de intromissão na privacidade. A proteção vertical da igualdade é mais intensa quanto mais sensível for a informação pessoal que serve de amparo para o selecionamento de risco. A menoridade do titular dos dados é elemento adicional restritivo de legitimidade da categorização.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3., p. 488-500, Aug, 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANTONIO, Katrien; CHARPENTIER. La tarification par genre en assurance corrélation ou causalité? *Risques: les cahier de l'assurance*, n. 109, p. 97, mar. 2017.
- AVCI, Meryem. *Assurance, Egalité et Non Discrimination*. Lyon: Institut des Assurances de Lyon, 2012. Versão digital disponível em: <<https://www.institut-numerique.org/assurance-egalite-et-non-discrimination-50856c9118523>>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle D.; SCHWARCZ, Daniel Benjamin. Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws. *Law & Economics Working Papers*, p. 1-52, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=law_econ_current>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Orgs.) *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.
- BARREITO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Tratado de Direito Civil*. v. 7, *Direito das Obrigações: contratos, negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2016.

DEVOET, Claude. Assurance, différenciation et discrimination. *Le Droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*. Direction de Patrick Wautelet. Liège: Anthemis, 2009. p. 63-135.

DONEDA, Danilo; VIOLA, Mario. *Risco e informação pessoal: o Princípio da Finalidade e a proteção de dados no ordenamento brasileiro*. Revista Brasileira de Risco e Seguro, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85-102, out. 2009/mar. 2010.

DURRY, Georges. La Sélection de la clientèle par l'assureur: aspects juridiques. *Risques*. n° 45, Mars. 2001, p. 45-71. Disponível em: <https://www.revue-risques.fr/2001/03/risques-n-45/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

FORIGO, Camila Rodrigues; MOTTA, Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna. Da possibilidade de cobrança de prêmio unissex nos contratos de seguros automotivos: uma análise comparada a partir da proibição de discriminação de gênero na União Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, p. 191-219, jan./jun. 2016.

GAULDING, Jill. Race, Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair? *In: 80 Cornell L. Rev.*, p. 1646-1694, 1994-1995.

JUNQUEIRA, Thiago. Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. Bruno Miragem e Angélica Carlini (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 291-316, 2014.

_____. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 69-79

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, a. 1, n. 10, p. 6184-6185, 2012.

MOTA PINTO, Paulo. A proteção da vida privada e a Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXVI, 2000.

_____. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 311-344.

NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da Costa. Contrato de seguro: proibição de discriminação em razão de deficiência e de risco agravado de saúde – o voto por empréstimo do STJ no sentido da continuação da evolução. *O Direito*, 146, I, p. 245-273, 2014.

PASQUALOTTI, Adalberto. Aspectos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Orgs.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233-251.

PENIDO, Thiago; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Proibição de discriminação de preço por gênero nos contratos de seguro: análise econômica da decisão do Tribunal da União Europeia. *Revista de Derecho Privado*, n. 23, p. 89-117, 2012.

QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público

na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 69, p. 182-205, 2015.

_____. *As normas restritivas de cláusula arbitral e a proteção do contratante vulnerável*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, v. 20, jul./set. p. 117-145, 2019.

_____. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*: tomo I. Ilan Golberg e Thiago Junqueira (coord.), São Paulo: RT, 2020. p. 92-125.

REIMUND, Schwarze; THOMAS, Wein. Is the Market Classification of Risk Always Efficient? Evidence from German Third Party Motor Insurance. *German Risk and Insurance Review* (GRIR), v. 1, n. 4, p. 173-202, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana C. Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Antidiscriminação e Contrato*: a integração entre proteção e autonomia. São Paulo: RT, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto. Direito ao seguro privado: discriminação e ação afirmativa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1221-1236.

_____;CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Roncarati, 2016.

VIOLA, Mario; MATOS, Leonardo Heringer. Proteção de dados pessoais no setor de seguros: a boa-fé objetiva como fonte irradiadora de deveres e os reflexos da Lei nº 13.709/2018 na relação entre segurado e seguradora. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 9, p. 36-61, nov. 2018.

WORTHAM, Leah. Insurance Classification: too Important to be left to the Actuaries. *19 U. Mich. J. L. Reform*, v. 19, p. 349-423, 1986.





OPINIÃO

Breves notas às infrações administrativas aos mecanismos de supervisão no mercado de seguros

Luiz Alfredo Paulin¹

Resumo: Mercados regulados, como o de seguros, exigem supervisão apropriada. Conquanto seja essencial que a Administração desempenhe seu papel a contento, isso não é suficiente para que a supervisão possa ser eficientemente exercida. É essencial que os entes regulados colaborem com o titular do poder de polícia fornecendo-lhe dados e informações e atuando disciplinadamente. Caso não o façam, desrespeitarão certas disposições constantes da Resolução 393, de 30 de outubro de 2020, do Conselho Nacional de Seguros Privados. Isso porque, essas atitudes trarão prejuízo aos mecanismos de supervisão. Objetiva-se com esse artigo, promover alguns breves comentários sobre os ilícitos administrativos que atentam contra os mecanismos de supervisão.

Abstract: Regulated markets, such as the insurance market, require appropriate oversight. Although it is essential that Management perform its role adequately, this is not sufficient for the efficient exercise of oversight activities. The collaboration of regulated entities with the holder of police power through the supply of data and information and performance of disciplined actions is crucial. Doing otherwise, they may disrespect certain provisions set forth in Resolution 393, of October 30, 2020, of the National Private Insurance Board. This is so, because these attitudes will damage the oversight mechanisms. The purpose of this article is to foster brief comments about administrative violations of oversight mechanisms.

Palavras - chave: Susep – Direito Administrativo Sancionador – Mecanismos de supervisão – Resolução CNSP 393 – Ilícito administrativo.

Keywords: Susep [Private Insurance Superintendence] – Sanctioning Administrative Law – Oversight mechanisms - CNSP Resolution 393 – Administrative violation.

¹ Doutor, pós-graduado e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional e ex-Procurador da Fazenda Nacional junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Advogado em Levy Salomão Advogados.

Introdução

Em 30 de outubro de 2020, o Conselho Nacional de Seguros Privados houve por bem baixar a Resolução 393. Esse novo diploma teve como objetivo fixar normas de Direito Administrativo Sancionador aplicáveis ao mercado de seguros. Para ser mais exato, de forma minudente, e valendo-se da melhor técnica legislativa, regras de Direito Administrativo Sancionador e de Processo Administrativo foram compiladas ou positivadas. O ponto fulcral desse diploma é, como não podia deixar de ser, os comandos que tipificam condutas, cujo desrespeito sujeita o infrator a penalidades.

Os ilícitos são separados em dez seções. Cada uma regula uma espécie de infração. Neste trabalho, propõe-se comentar a quinta seção do capítulo dos ilícitos em espécie, dedicada às condutas que atentam contra o bom funcionamento dos mecanismos de supervisão. O mercado de seguros – que, para os fins desse artigo, abrange todas as atividades discriminadas na ementa da norma em comento – é extremamente regulado. Nesse setor, a intervenção estatal no domínio econômico é marcante. E não haveria como ser diferente. Uma falha ou uma crise sistêmica na área de seguros poderá trazer consequências deletérias para a economia do país. O exercício regular do poder de polícia exige que seu titular possua um rol de informações abrangente e atualizado. Requer, também, que os administrados mantenham com o supervisor uma relação baseada em princípios éticos e de confiança recíproca. Por fim, carece que os entes supervisionados gerenciem o risco de suas empresas de forma eficiente. Por conseguinte, atos ou omissões perpetradas por administrado, que prejudiquem ou coloquem em risco os mecanismos de supervisão, são defesos. Neste artigo, pois, serão comentados os ilícitos administrativos constantes do artigo 36 a 40 da mencionada Resolução.

1 - Omitir ou sonegar informações que deva comunicar à Susep

Art. 36. Omitir ou sonegar informações que deva comunicar à Susep.

Sanção: multa de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O núcleo do tipo é composto por dois verbos: omitir e sonegar. Havendo omissão ou sonegação, a norma terá sido violada. Ou seja, para que a infração se dê, é desnecessária a ocorrência dos dois

eventos. Basta um. E mais, mesmo se, hipoteticamente, o agente se omita e sonegue, o ilícito praticado será único.

O verbo omitir é usualmente empregado em tipos existentes nos Direitos punitivos. Omissão é um deixar de fazer. Mas, a mera abstenção, *per se*, não traz consequências jurídicas. Diariamente, agentes econômicos, no mercado de seguros, deixam de praticar vários atos, não se situando essas condutas na esfera do ilícito administrativo. A omissão que pode conter indício de ilicitude não é um mero não fazer.² É um não fazer frente a existência de norma jurídica que imponha a alguém o dever de agir.³ Nessa hipótese, o ato omissivo poderá vir a ser considerado uma infração administrativa.

Exige-se certo cuidado ao se conceituar sonegar. Esse termo está indissociavelmente ligado ao Direito Tributário. Naquele ramo, por diversas razões, o vocábulo teve o seu sentido dilatado. É importante evitar que esse fenômeno gere imprecisões no âmbito do Direito Administrativo Sancionador do mercado de seguros. Sonegar está ligado à ideia de ocultação fraudulenta. De tal sorte que, enquanto a omissão representa simples inação, de quem poderia e deveria atuar, na sonegação o agente oculta fraudulentamente, o dado à autoridade. Portanto, a omissão é representada pelo fato de o agente deixar de comunicar ao titular do poder de polícia, informação que devia transmitir. No caso de sonegação, a não remessa objetiva ocultar, deste último, uma informação.

Não basta que o agente infrinja o dever legal de comunicar certos dados à Administração para que sua conduta seja tida como ilícita. O agente deve poder atuar.⁴ Não se trata exclusivamente de um dever fazer (comunicar a autoridade), mas também de um poder

² CONDE, Franciso Munhoz. Teoria geral do delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.

³ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*: Libro de estudios. Trad. para o español Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, [s.d.]. Tomo I, Parte general. p. 105: HECHO DE OMISIÓN (“conduta pasiva, omisión, cuando el autor no hace algo que debe a ver, esto es, infringe una norma preceptiva...”).

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 116; BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 198.

fazer. Por conseguinte, para verificação da consumação do delito, é imprescindível examinar quanto a real possibilidade de o agente atuar nas circunstâncias concretas. O Direito pressupõe que, no exercício da sua arte, o profissional tenha mais aptidão para agir que os demais entes. Padrão mais elevado, ainda, impõe-se ao profissional que opera no mercado de seguros. Trata-se de um mercado restrito e regulado. Ademais, aqueles que dele pretendam participar devem, muitas vezes, obter uma prévia autorização exarada pela Administração. Se é verdade que se exige daquele que atua no mercado de seguros um padrão de cuidado elevado, isso não permite que se estabeleçam presunções, contra o agente ou acusado. Em razão do sistema constitucional vigente no Brasil, para a existência de um édito condenatório, é imprescindível que a Administração comprove que o administrado atuou com culpa.

O dispositivo em comento não explicita as informações que devem ser transmitidas à Susep. Nem poderia. A norma que descreve um tipo deve gozar de certa estabilidade. O mercado de seguros é dinâmico. Frequentemente, o rol de informações a serem remetidas à autarquia se altera. Assim, é racional que as informações que devam ser encaminhadas à Susep estejam contidas em normas mais susceptíveis à mudança. É esse o motivo pelo qual o comando faz referência a “... informações *que deva comunicar à SUSEP*”, sem as especificar.

As normas regulamentares que discriminam quais dados devem ser comunicados à Susep são expedidas pelos órgãos ou entidades de regulação ou de supervisão no limite das respectivas competências. Lei ordinária também pode fixar que dados devem ser entregues ao titular do poder de polícia.

A definição do sujeito ativo da conduta é assunto desrido de polêmica. A omissão poderá ser imputada para quem legal e inequivocamente estava obrigado a transmitir as informações para a Susep. O mero conhecimento do fato, sem que haja o dever jurídico de intervir, não configura participação punível.⁵

⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 304, verbis: “Da omissão punível se distingue a mera conivência. Ela se traduz pela atitude de alguém que presencia a execução de um delito ou sabe que ele irá ser praticado e não adota nenhuma iniciativa para impedir o evento ou não chama a autoridade pública para evitá-lo porque, no fundo, tal acontecimento satisfaz ou pode satisfazer o

O artigo 36 da Resolução 393 não exige que a conduta cause qualquer resultado específico no mundo naturalístico. Para muitos, o deixar de informar, *tout court*, seria suficiente para que o ilícito se perfizesse. Outros tantos discordam desse entendimento. Obviamente, não se trata de questão que se cinge, exclusivamente, ao teor dessa disposição. Ela perpassa vários ramos do Direito, especialmente o Direito Penal, no qual é objeto de acesa polêmica. Foge dos estreitos limites desse artigo entrar no seio dessa celeuma, que está bastante longe de ser encerrada. Contudo, pode-se afirmar ser absolutamente inaceitável se seccionar a ideia de ilícito da ideia de ofensividade. Essa é condição *sine qua non* para existência do delito.⁶ Condutas totalmente inócuas, que sequer abstratamente têm potencial de colocar em risco o bem juridicamente protegido, não são infracionais. É essencial que a conduta possa, ainda que em abstrato, criar algum risco ao bem juridicamente tutelado.

Indubitavelmente, os ilícitos administrativos previstos no art. 36 não são de caráter instantâneo. Deveras, por meio de uma conduta omissiva, a situação lesiva perdura no tempo.⁷ Em suma, trata-se de ilícito de caráter permanente. Desse modo, para caracterização da conduta é essencial que se verifique que o administrado, por intermédio de uma conduta omissiva constante, afasta do conhecimento da autoridade certos dados e informações que inequivocamente deveria lhe *encaminhar*.

Aquele que se omite ou sonega exerce livremente sua vontade de não colocar à disposição da autoridade informações a que estava legalmente obrigado a prestar. Logo, *in casu*, o elemento subjetivo do tipo é o dolo.

O objetivo da norma é manter íntegra a capacidade da Susep de exercer seu poder de polícia no mercado securitário.

seu interesse ou mera vontade. Essa modalidade de testemunho ou apoio clandestino não configura a participação punível quando inexiste a obrigação jurídica de intervir, como ocorre em relação ao policial, por exemplo. O mero conhecimento de que alguém está prestes a cometer um delito, ou a omissão em denunciar o fato à autoridade, não configura co-participação, salvo se havia o dever jurídico de impedir o evento”. (STF, RT 603/447).

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade do direito penal. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I. p. 272.

2 - Encaminhamento de informação incompleta ou incorreta à Susep

Art. 37. Encaminhar na forma incorreta ou incompleta à Susep as informações que deve prestar, nos termos da legislação.

Sanção: multa de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Parágrafo único. Incorre também na sanção prevista neste artigo aquele que não atender no prazo ou na forma fixada as solicitações da autarquia, desde que tal conduta não seja caracterizada como ato ou omissão para dificultar ou impedir atividade de investigação ou fiscalização da Susep.

O encaminhamento, de forma incorreta ou incompleta, à Susep, de informações que o administrado deva prestar (nos termos da legislação vigente), é considerado ilícito administrativo.

O tipo menciona informações incompletas ou incorretas. Incompleto, termo de uso corrente, está ligado à existência de lacunas. Desse modo, para os fins previstos na norma, as informações serão incompletas quando nem todos os elementos exigidos pelo Regulamento forem remetidos à Susep. A verificação quanto à completude é feita por intermédio de critério objetivo. Não há qualquer relação com as expectativas do titular do poder de polícia. Em outras palavras, é defeso a autoridade, através de interpretação extensiva, incluir dados que, a seu juízo, estivessem implicitamente previstos na regra. É simples comparação entre o que expressamente exigia o regulamento e o que foi efetivamente entregue à autarquia.

Incôrreto também é conceito conhecido. Correto traz em si a ideia de exatidão. Aquilo que não contém erros. Dessa forma, informação incorreta é aquela que não espelha a realidade.

Não é toda e qualquer informação incompleta ou incorreta que se adequa ao modelo ideal previsto no artigo 37. Somente aquelas que devam ser prestadas nos termos da legislação. Logo, imprescindível distinguir informações que *ex vi legis* devem ser prestadas das demais. No primeiro caso, pode-se estar diante de um ilícito. No segundo, não. É razoavelmente simples entender a lógica subjacente a essa diferenciação. As informações obrigatoriamente enviadas – ao contrário das não obrigatórias – são imprescindíveis para o funcionamento dos mecanismos de supervisão.

O simples fato de informações incompletas ou inexatas terem sido enviadas à Susep não significa, necessariamente, que se esteja diante de um ilícito. No mercado de seguros, há constante troca de

informações entre supervisor e supervisionado. Por mais zelo que se empregue, inevitável que erros ou imprecisões ocorram. Geralmente, são erros e imprecisões despidos de importância, incapazes de impedir a autoridade de exercer seu poder de polícia. Trata-se de condutas inócuas, incapazes de serem qualificadas como ilícitas, pelo que não autorizam o início de persecução administrativa.

Não se pode classificar como incompleta a remessa de informações na qual faltem dados que não estejam em poder do administrado. Nessa hipótese, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser imputada, desde que a falta de dados não decorra de evento para o qual o supervisionado tenha dado causa. Como forma de mitigar eventuais prejuízos ao exercício do poder de polícia, o supervisionado está obrigado a comunicar à autoridade a circunstância impeditiva. Existindo impedimento legal para transmissão da informação, o supervisionado não pode ser compelido a fazê-lo. É o caso, por exemplo, da existência de ordem judicial fixando sigilo sobre o dado. Da mesma forma que na hipótese anterior – e desde que não haja determinação judicial em contrário – a autoridade deve ser científica da impossibilidade.

Atualmente, parte das informações é submetida às autoridades por intermédio de sistemas automatizados. Destaque-se que a Administração dá idêntico tratamento a essas informações, processando-as através de sistema automatizados. Sendo assim, o administrado está adstrito a manter esses sistemas atualizados, em pleno funcionamento, empregando a melhor técnica disponível. Mesmo quando empregada elevada cautela, imperfeições se verificam. Não se pode, a partir da ocorrência de falhas inevitáveis, concluir que teria havido infração à regra estatuída no artigo 37 da Resolução nº 393. Fosse assim, se descambaria para o campo da responsabilidade objetiva, inaceitável no Direito Administrativo Sancionador. É, pois, imprescindível explorar o tema com base na responsabilidade subjetiva do agente.

Remessa serôdia de informações não é equiparada à conduta prevista no *caput* desse artigo. Esta, sublinhe-se, não é a posição do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados de Previdência Aberta e de Capitalização (CRNSP). Por intermédio do Enunciado nº 1,⁸ o colegiado sufragou o entendimento de que, no que se refere ao Formulário de Informações Periódicas (FIP), sua entrega

⁸ O envio do Formulário de Informações Periódicas (FIP) para a Susep fora do prazo regulamentar normativamente estipulado é infração tipificada no art. 37 da Resolução CNSP nº 243/2011 e no art. 37 da Resolução CNSP nº 393/2020, assim como a respectiva regulamentação da Susep (Circular Susep nº 364/2008 e da Circular Susep nº 517/2015).

extemporânea representa infração ao disposto no artigo 37. Ora, o texto regulamentar é claro ao exigir que tenha havido uma entrega. O núcleo do tipo é o verbo *encaminhar*. Logo, a falta de entrega não se subsume ao modelo ideal previsto no comando. E aqui, sublinhe-se, se está diante de Direito Punitivo, onde não se admite interpretações extensivas. Isso porque, o tipo administrativo apresenta função garantidora, devendo restar absolutamente claro e inequívoco para o administrado quais são as condutas que lhe são vetadas, sob pena de sanção. Indiscutivelmente, na remessa tardia, em algum momento, haverá a entrega. E, se, no momento da entrega extemporânea as informações estiverem completas, a conduta não se subsumirá ao tipo. Por derradeiro, impõe-se dizer que quando a questão da entrega extemporânea se mostrou relevante, o próprio titular do poder regulamentar a previu, como é o caso do parágrafo único desse mesmo artigo.

Consta do artigo 37, parágrafo único, que incorre também na sanção prevista no *caput* quem não atender, no prazo ou na forma fixada as solicitações da autarquia, desde que tal conduta não seja caracterizada como ato ou omissão para dificultar ou impedir atividade de investigação ou fiscalização da Susep.

Para que a Susep possa exercer suas funções de fiscalização plenamente, os administrados devem atender, na forma e no tempo fixados, solicitações realizadas pela autarquia.

O comando não cria uma norma geral de repressão à desobediência. Em outras palavras, não é qualquer desrespeito à ordem emanada da Susep que se encontra abrangido pelo parágrafo único em comento. Analisando o texto, inclusive de forma sistemática, tem-se que, as solicitações referem-se, exclusivamente, à remessa de informações. Deveras, o *caput* do dispositivo trata de remessa de informações. Ao se equiparar a conduta a outra, deve haver um mínimo de similitude entre ambas. Ademais, o artigo 38, II, já estabelece uma regra que abrange genericamente qualquer desatendimento às solicitações realizadas pela Susep.

As informações devem ser encaminhadas na forma e nos prazos estabelecidos. Axiomático que a Administração tem a faculdade de, discricionariamente, determinar forma e prazos. Discricionariedade não significa arbítrio,⁹ encontrando certos limites.¹⁰ Ora, a Administração

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 103.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 394.

não pode impor ao administrado meios mais severos do que os exigíveis para o fim proposto.¹¹ Deve haver proporcionalidade dos meios aos fins.¹² Consequentemente, cabe à Administração fixar prazos e formas nos exatos limites de sua necessidade. Mais do que isso, há de ser possível ao administrado cumprir as exigências na forma e no prazo requerido. Vale aqui observar que a inviabilidade do cumprimento não pode se justificar a partir de deficiências intrínsecas ao administrado demandado. Deve ser impedimento que existiria para os partícipes do mercado em geral, sempre se reconhecendo que entidades de grande porte têm, naturalmente, condições de atender exigências de maneira mais expedita que entes menores.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, em seu caráter eventual.

O objetivo da norma é manter a capacidade da Susep de exercer seu poder de polícia de forma eficaz no mercado securitário.

3 - Impedir ou dificultar o exercício do poder de polícia administrativa

Art. 38. Impedir ou dificultar, por qualquer forma, o exercício do poder de polícia administrativa da Susep, tais como:

I – não fornecer relatórios, demonstrações financeiras, livros e registros obrigatórios ou contas estatísticas, quando solicitado;

II – não atender, no prazo e na forma fixada, às solicitações da autarquia;

III – impedir ao acesso às dependências da fiscalizada.

Sanção: multa de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O núcleo do tipo é formado por dois verbos. À realização de qualquer conduta – impedir ou dificultar – é suficiente para caracterização da infração administrativa.

Vários são os tipos penais e administrativos que se utilizam do verbo impedir. Impedir é criar uma barreira eficiente para que certo evento que deveria ocorrer não aconteça. Disso decorre que, para que

¹¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129.

¹² ARAÚJO Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 991.

a figura típica se caracterize, é imprescindível que o agente logre êxito na sua empreitada. Caso contrário, dependendo das circunstâncias, não haverá impedimento, mas sim dificuldade, abrangida pelo segundo verbo.

Dificultar implica em criar embaraço para a realização de um evento, sem conseguir inviabilizá-lo. Deve-se notar que, tanto no caso do impedir como na hipótese do dificultar, é essencial que os meios empregados sejam hábeis e capazes de provocar o resultado pretendido.

Somente aquele que impede ou dificulta a ação da Susep, no exercício do respectivo poder de polícia, cometerá ato ilícito. Nesse sentido, ações praticadas tendentes a dificultar ou impedir o exercício de poder de polícia de qualquer outro órgão ou entidade, que não a Susep, não são alcançadas pela norma

Conquanto o dispositivo legal utilize-se do termo *qualquer forma*, o que alcança um número indeterminado de situações, o titular do poder regulamentar explicitou alguns atos que serão obrigatoriamente considerados infracionais. A enumeração tem caráter exemplificativo, e o uso da expressão *tais como* não deixa margem para dúvida.

A primeira conduta listada é o não fornecimento de relatórios, demonstrações financeiras, livros e registros obrigatórios ou contas estatísticas quando solicitado. Órgãos de supervisão devem ter acesso a certos documentos para verificar a saúde financeira dos supervisionados. Até porque problemas patrimoniais ou de liquidez de um dos participes pode levar a uma crise sistêmica. Ordinariamente, existem dispositivos que obrigam o administrado a remeter regularmente relatórios e demonstrações à Administração. A norma em comento não alcança o desrespeito a essas regras. A ilicitude decorre da ausência de remessa *quando solicitado*. Portanto, a infração só existe quando a recusa se dá a partir de uma prévia requisição promovida pela Susep.

Não atender, no prazo e na forma fixada, às solicitações da autarquia configura-se ilícito administrativo. Desde logo, afastam-se da incidência dessa disposição requisições realizadas pela autarquia em relação aos dados constantes do inciso I. Tenha-se em mente, outrossim, que o parágrafo único do artigo 37, dessa Resolução impede a existência de qualquer sobreposição entre um tipo administrativo e outro.

Como já dito, é fora de dúvida que o titular do poder de polícia administrativa tem a discricionariedade de fixar prazos e formas, conforme consta desse inciso II. Mas essa fixação está submetida a certos limites, de tal sorte que o prazo e a forma devem ser factíveis de serem cumpridos, sem que tal crie riscos demasiados ao administrado.

Por derradeiro, atua em desrespeito à norma aquele que impede o acesso da fiscalização às dependências da fiscalizada. Longe se está de uma regra de cortesia. O fato é que qualquer titular do poder de polícia tem o direito e, às vezes, o dever de comparecer ao estabelecimento do supervisionado para examinar, *in loco*, as operações que lá estão se dando; verificar livros; examinar controles; observar normas e regras de segurança etc. Negar acesso ao estabelecimento é exemplo clássico de impedimento ao livre exercício do poder de polícia de autoridade competente.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo.

A norma, como nos demais casos, objetiva a manutenção da capacidade da Susep de exercer seu poder de polícia de forma eficaz no mercado securitário.

4 - Falsificação de documento ou prestação de informação falsa

Art. 39. Falsificar quaisquer documentos ou prestar informação falsa à Susep.

Sanção: multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A falsificação é conduta reprimida por todos os ramos do Direito. No Código Penal, há várias disposições nas quais a falsificação se encontra presente. Falsificação de documentos públicos e privados é o exemplo mais evidente. O comando acima transcrito não deve ser interpretado como uma regra geral que proíbe os administrados submetidos ao poder de polícia da Susep de promover falsificações. O artigo 39 encontra-se abrigado na Seção que disciplina as Infrações aos Mecanismos de Supervisão. Logo, o que se pretende reprimir é que documentos falsificados sejam apresentados ou colocados à disposição da Susep pelos supervisionados.

O conceito de falsificação é de todo conhecido. Falsificar está ligado a ideia de algo que não é verdadeiro, que foi criado ou alterado fraudulentamente com o objetivo de iludir terceiro. Desse modo, aquele que cria um *documento* atribuindo sua autoria a terceiro ou

aquele que toma um documento e altera, no todo ou em parte, seu texto, está falsificando.

Os tipos constantes do art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público) e o artigo 298 (falsificação de documento particular) que incriminam a falsificação são explícitos ao preverem a falsificação total ou parcial de documento. O tipo administrativo não faz essa distinção. Diz simplesmente *falsificar*. Nada obstante esse fato, inquestionavelmente, que a conduta vetada abrange a apresentação de qualquer documento falsificado, mesmo que a falsificação seja parcial. Isso porque o vocábulo falsificação contempla qualquer ação que modifique fraudulentamente determinado documento. Assim, optou-se por ser conciso, escolhendo o termo exato para descrever a conduta. O fato de no âmbito do Direito Penal outra opção ter sido feita, não vincula o Direito Administrativo Sancionador, que na criação de condutas típicas tem total autonomia, *vis-à-vis* ao primeiro. Em suma, a conduta vetada é a falsificação total ou parcial.

A norma jurídica refere-se a documento. Destarte, a falsificação sancionável é a de documento. Por conta das alterações tecnológicas, o conceito de documento vem apresentando alterações. No passado, documento sempre foi conceituado como papel escrito.¹³ Hoje, abrange declarações existentes em qualquer outro meio, desde que contenham um conteúdo juridicamente relevante e cuja autoria possa ser determinada. Por conseguinte, não é só a declaração existente em folhas de papel que é sancionável.

Declarações apócrifas não são consideradas documento, pelo que sua falsificação, para os fins aqui previstos, não apresenta consequências jurídicas.

Os documentos podem ser públicos e privados. O conceito de documento público ou privado é assunto estudado pelo Direito Privado.¹⁴ A lei não diferencia um do outro, pelo que – sendo público ou privado – o envio ou a colocação à disposição de documento falsificado à Susep é sancionável.

¹³ AMARAL, Francisco. *Direito civil - Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 402.

¹⁴ Diferenciação entre um e outro pode ser encontrada em GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 543.

Em se tratando de Direito Administrativo Sancionador, a falsidade deve estar plenamente caracterizada para que o juízo de tipicidade seja positivo. Falsificação não se presume. É conduta tão grave que é erigida à condição de ilícito penal. Deve restar fora de dúvida. Na hipótese de a Administração inquirir como falso um documento – especialmente quando uma perícia não é promovida – o sistema constitucional brasileiro faculta ao supervisionado apresentar prova em contrário.

Também é sancionável a prestação de informação falsa. Falso é aquilo que não corresponde ao real. No caso de juízos de fato, é bastante simples apurar a falsidade. Diferente se dá em relação ao encaminhamento de informações que apresentem juízo valorativo. Nessa hipótese, é comum haver discrepância de visões entre a Administração e administrado, o que, por si só, não permite à primeira inquirir como falsa informação prestada pelo segundo. Mornente quando o administrado estabelece os pressupostos de que está partindo e a metodologia de que se vale. Mesmo havendo pequenos erros, se o objetivo não é ludibriar a autoridade, não se pode qualificar a conduta típica. Típica será, no entanto, a ação do administrado que, ao elaborar uma projeção, por exemplo, afasta-se das regras técnicas ou se vale de premissas inexatas, objetivando produzir um número que lhe seja favorável perante a administração.

O ato de entregar ou colocar à disposição da Administração documentos falso ou enviar informações falsas é comissivo doloso e não admite a figura culposa.

A norma objetiva a manutenção da capacidade da Susep de exercer seu poder de polícia de forma eficaz no mercado securitário.

5 - Zelo por controles internos, gestão de risco e governança corporativa

Art. 40. Não zelar pelo sistema de controles internos, pela estrutura de gestão de riscos ou pela governança corporativa.

Sanção: multa de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais).

Parágrafo único. Incorre também na sanção prevista neste artigo a pessoa natural que não atuar com diligência ou prudência no exercício das funções de controle ou fiscalização corporativas.

O artigo 40 impõe cuidados que devem ser adotados pelos supervisionados em relação ao exercício de algumas atividades da

empresa, a saber, controles internos, estrutura de gestão de risco ou governança corporativa. O vocábulo zelar traz a ideia de cuidados excepcionais, de tarefas executadas de forma diligente. A norma, pois, exige do administrado comportamento extremamente cauteloso. Zelar pressupõe o cuidado com algo preexistente, de tal sorte que a falta de implantação de certos sistemas ou estruturas não é figura típica. Se, *de lege ferenda*, a ausência de implantação deveria ser conduta vedada, cabe a quem de Direito alterar a descrição constante do tipo legal.

Não se exige, para configuração do delito, que se verifique dano efetivo para o supervisionado, o mercado, a Susep ou terceiro. É necessário, contudo, que se crie um risco ao bem juridicamente tutelado. Dessa forma, para ocorrência do ilícito, impõe-se que o agente atue sem cuidado. Por outro lado, se, mesmo que empregado o cuidado adequado, ocorrer algum resultado adverso, tal será insuficiente para que a conduta possa ser considerar típica. O exame deve se resumir ao grau de prudência empenhado.

A forma com que a autoridade administrativa deve examinar o grau de zelo empregado pelo administrado é assunto tormentoso no Direito Administrativo Sancionador. Quando se analisa o tema a partir da perspectiva *ex partis principis*, é natural que se argumente ser impossível prever, em norma jurídica, de maneira minuciosa, todos os cuidados que devem ser empregados pelo administrado para que sua conduta possa ser considerada lícita. Ao se examinar o tema sobre a ótica *ex partis populis* é bastante razoável se revoltar com a possibilidade de a Administração, *ex-post factum*, fixar o que seria uma gestão zelosa. Até porque, invariavelmente, haverá a tendência a se considerar que o administrado atuou com falta de zelo, todas as vezes que houver um resultado não desejado, mesmo que o administrado tenha empregado o cuidado reclamado. Note-se que a chamada Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, alterada pela Lei nº 14.195 de 26 de agosto de 2021, em boa hora, introduziu várias e importantes mudanças, que dão um certo Norte, em relação a como a Administração deve promover juízos em casos como esse. E, na medida em que há Lei em vigor, a Susep e os órgãos recursais não podem deixar de aplicá-la. Especialmente no que concerne ao inciso II do *caput* ao artigo 4º-A do inciso I e do parágrafo primeiro desse mesmo artigo.¹⁵ De qualquer modo, ao promover eventual juízo condenatório,

¹⁵ Art. 4º-A É dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a esta Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades económicas privadas: (.....) II - proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis; e (.....) § 1º Os órgãos e as entidades competentes, na forma do inciso II do caput deste artigo, editarão atos normativos

a autoridade está obrigada a motivar, de forma clara e inequívoca, seu ato, fixando em que medida o grau de cuidado empregado pelo administrado não correspondeu ao legalmente exigido. Note-se que se estando diante de uma obrigação de meio, a gravidade do resultado gerado, é irrelevante para justificar um edital condenatório. Ademais, não seria possível, ainda, um juízo de censura, na medida em que o administrado atue com grau de cuidado idêntico ou superior a que seus os pares empregam.

Controles internos, estrutura de gestão de riscos e governança corporativa se enquadram no universo de medidas defensivas implementadas por uma empresa, de sorte a mitigar seus riscos. Não cabe, dentro desse artigo, defini-las. Até porque é matéria extensa. Pode-se dizer, no entanto, que há vasta literatura e principalmente normas jurídicas capazes de permitir ao destinatário da norma conhecer a extensão dos deveres que lhe cabem observar.

O sujeito ativo da conduta é quem está legalmente responsável por administrar o sistema de controles internos, a estrutura de gestão de riscos ou a governança corporativa conforme o caso.

Ao contrário das normas anteriores, essa não tem como objetivo manter a capacidade da Susep de exercer seu poder de polícia de forma eficaz no mercado securitário. É inquestionável que uma instituição que empregue as melhores práticas, é mais facilmente supervisionada pela Susep. Mas a regra em comento visa impedir que a instituição *per se* tenha dificuldade de gestão, de sorte a colocar em perigo a possibilidade de fazer face às suas obrigações e até de sobreviver. O dispositivo, pois, tem como preocupação precípua o ente supervisionado. A capacidade de o titular do poder de polícia exercer suas funções é secundária. Em suma, esse não era o local mais adequado para o artigo 40 estar albergado.

A falta de zelo propugnada pela norma é conduta de caráter doloso, admitindo-se o dolo eventual.

Em geral, andou-se bem no exercício do mandato nas figuras tipificadas na Seção V. Talvez a única censura que lhe possa ser dirigida prenda-se ao parágrafo único do artigo 40. Típica demonstração de um

para definir a aplicação e a incidência de conceitos subjetivos ou abstratos por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis, observado que: I - nos casos de imprescindibilidade de juízo subjetivo para a aplicação da sanção, o ato normativo determinará o procedimento para sua aferição, de forma a garantir a maior previsibilidade e impessoalidade possível; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021).

expansionismo exacerbado do Direito Administrativo Sancionador, criou-se um tipo administrativo mais aberto do que a legislação autoriza.

Previamente, é impossível delimitar qual seria o sujeito ativo da conduta. Inquestionável que, ao se referir a pessoas naturais, a norma não alcança outros entes reconhecidos pelo Direito. O comando também menciona funções de controle ou fiscalização corporativas, o que leva a crer que se procura atingir pessoas naturais que apresentam alguma relação com a empresa. Mas estas são as únicas informações disponíveis, incapazes de apontar de forma precisa quem poderia ser alcançado pela norma. Não se duvida que o legislador, sob o argumento de que certas tarefas devem ser abraçadas por todos na entidade supervisionada, tenha querido abranger a integralidade das pessoas que nela trabalham. Isso, nem em tese, seria possível. Há de se entender os limites do poder de polícia. Aliás, não só o titular do poder de polícia, como também o titular do poder regulamentar, se submetem às limitações legal e constitucionalmente fixadas. Mesmo o legislador ordinário se encontra adstrito ao espaço que lhe é concedido pela Constituição Federal. É fora de dúvida a existência de barreiras intransponível para sancionar aqueles que se vinculam a empresa mediante contrato de trabalho. Empregados não têm autonomia da vontade, condição *sine qua non* para a inculpação. Isso porque estão vinculados aos empregadores por uma relação de subordinação.¹⁶ Se lhes falta autonomia de vontade, não há como se lhes imputar qualquer responsabilidade. Se a intenção foi sancionar o administrador da sociedade responsável pelo cumprimento da obrigação, estes estão implicitamente mencionados no *caput*.

Ademais, se não é possível sequer definir quem está abrangido pela norma, mais difícil ainda será determinar qual a conduta vedada. Por último, se o objetivo foi prover a administração de um tipo absolutamente aberto, para que o titular do poder de polícia possa atingir um sem-número de condutas e pessoas, há óbice constitucional intransponível. Em suma, ao não cumprir o mandato de tipificação adequadamente, o comando não pode trazer consequências no mundo jurídico.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 19. ed, São Paulo: LTR, 2020, p. 357.

Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito civil - Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal, parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Parte Especial 4.

CONDE, Francisco Munhoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTR, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: libro de estudios*. Trad. para o español Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, [s.d.]. Tomo I, Parte general.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008. v. 3.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

Metaverso: algumas reflexões sobre esse (ainda) pouco conhecido mundo novo e suas possíveis relações e impactos nos seguros

Henrique Motta¹

Maria da Gloria Faria²

Resumo: Metaverso, ou novo mundo de realidade virtual, é uma recriação ou réplica da realidade por meio de recursos digitais, que abre novas fronteiras de mercado por um acesso virtual paralelo e/ou replicante da realidade. Pode ser utilizado para fins lúdicos, de consumo, educacionais, eventos, treinamento, trabalho remoto e muitos outros. Sua popularização virá com o avanço da tecnologia e barateamento dos óculos que permitem o acesso a esse novo mundo. A aplicação direta, no universo dos seguros, quer na sua comercialização como no marketing, é apenas uma questão de tempo. Indiretamente já são sensíveis seus impactos.

Abstract: *Metaverse* or new worldo o virtual reality, is a recreation or replica of reality through digital resources, which opens new market frontiers through a parallel virtual access and/or replicatior of reality. It can be used for recreational, consumer, educational, events, training, remote work and many other purposes. Its popularity will come wth the advancement of technologyan cheaper glasses that allow accaess to this new world. The applcation in the worldo of Insurance, both in its commercialization and marketing is just a matter of time.

Palavras-chave: Metaverso; realidade virtual, avatar, mercado de seguros.

Keywords: *Metaverse*; virtual reality, avatar, Insurance Market.

Sumário: 1. Introdução – 2. Origem do termo metaverso – 3. *Metaverse*(o) 30 anos depois – 4. E como funciona(rá)? – 5. Metaverso e o seguro – 6. Conclusão.

¹ Henrique Alberto Faria Motta, é advogado, vice-presidente do GNT de Inovação da AIDA, sócio-diretor de Motta & Faria Advocacia.

² Maria da Gloria Faria é advogada.

Introdução

Metaverso é o nome dado ao mundo de realidade virtual que recria ou replica a realidade por meio de dispositivos digitais. Em resumo, é uma nova forma, de conectar-se, que se tornou possível com as melhorias no *hardware* e na infraestrutura tecnológica. Os computadores pessoais e internet fixa avançaram, assim como o celular e internet móvel se sofisticaram permitindo a conexão com óculos de realidade virtual, a porta de entrada do Metaverso e por fim, mas não menos importante, a chegada da 5G com a promessa de ser 20 vezes mais rápida que a conexão 4G.

Origem do termo Metaverso

O termo metaverso, originalmente *metaverse*, foi cunhado por Neal Stephenson,³ no seu livro de ficção científica “Snow Crash” (Nevasca) para denominar um espaço de realidade virtual em que avatares interagem com (outros) humanos e programas de computador, que atuam por seu usuário. Publicado em 1992, o personagem central, Hiro Protagonist, no mundo virtual um *hacker* samurai, é, na realidade, um entregador de pizzas de cerca de 30 anos. A ação se passa em Los Angeles, em ano indefinido do século XXI, com o território dividido e dominado por organizações privadas e empresários em um regime anarco-capitalista. O *Metaverse*, a realidade virtual imaginada pelo autor, é um ambiente com uma única via de 100 metros de largura que circunda um planeta, preto e totalmente esférico, habitado pelos avatares dos usuários da internet do futuro.

Metaverse(o), 30 anos depois...

Quase três décadas se passaram, quando em outubro de 2021 foi anunciado o novo nome do Facebook: Meta. O novo Facebook, i.e., o Meta, como declarado por Mark Zuckerberg, se propõe a ser um espaço para diversão e conexões em 3D, onde as pessoas poderão estar juntas, trabalhar, se comunicar e participar de jogos “*no conforto dos seus lares*”. Inaugurou-se assim, um novo capítulo na história das redes sociais, onde o metaverso passa a conectar as pessoas por VR, *aka virtual reality*.

³ Neal Stephenson, escritor norte-americano, nascido no Texas em 1959 é especializado em “speculative fiction” ou science fiction. é autor de “Cryptonomicon” uma ficção histórica (1999), The Diamond Age: or a Young Lady’s Illustrated Primer” (1995), Anathem (2008) dentre outros.

Nas palavras da CEO da Microsoft, Satya Nadella⁴ Metaverso é o futuro, é uma transformação brutal que vai acelerar sensivelmente o desenvolvimento tecnológico dos mais diversos setores. *É um mundo que está só começando. Vai transformar as áreas de medicina, programação (tecnologia), educação (experiência mais engajadora do aluno). Estamos no início da jornada.*

E como funciona(rá) o Metaverso?

O metaverso já vem sendo utilizado há tempos, tendo ganho maior impulso, recentemente, em vários setores para além dos jogos, sua primeira e ainda dominante forma de aplicação.

De empresas do segmento de moda a bancos privados, muitos já utilizam o metaverso no marketing, treinamento de pessoal, para experimentação, vendas de produtos e serviços. Podemos citar exemplos como a Nike, Ralph Lauren, Itaú, Stella Artois, Lojas Renner, Fortnite.

Na área médica, mais especificamente, na ortopedia impressões 3D e realidade virtual, técnicas minimamente invasivas e robótica estão revolucionando os tratamentos ortopédicos. De acordo com o Dr. Leandro Ejnisman,⁵ os óculos de realidade virtual já têm sido usados em treinamentos cirúrgicos. *Um dos maiores desafios que existem em cirurgia é ensinar a técnica cirúrgica, que envolve o lado motor do cirurgião. Algumas empresas ortopédicas e startups estão desenvolvendo mecanismos que possibilitem cirurgias virtuais, com uso de óculos de realidade virtual, permitindo o treinamento sem expor o paciente.*

O lúdico

A Meta⁶ lançou em dezembro de 2021 o *Horizon Worlds* plataforma do metaverso que permite aos usuários reunirem-se com amigos para conversar, jogar e até mesmo, construir espaços virtuais personalizados.

⁴ Satya Nadella, CEO da Microsoft desde 2014, engenheiro, nasceu em Hyderabad, India, 1967, autor de Hit Refresh: The quest to discover.

⁵ Dr. Leandro Ejnisman, médico ortopedista e traumatologista especializado em quadril pelo Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo.

⁶ Meta – Nova denominação do Facebook, a empresa declara que sua visão é “dar vida ao metaverso” “com um futuro criado por todos nós” “ele será criado por pessoas de todo o mundo e aberto a todos”.

“*Horizon Worlds*” será um mundo de realidade virtual de avatares para usuários a partir de 18 anos que já pode ser acessado em países como EUA e Canadá, e que entre nós ainda não se encontra acessível. O preço aproximado do Oculus Quest 2, equipamento indispensável para entrar no *Horizon Worlds* está em torno de R\$1.600,00. Ainda com maior utilização na área de jogos virtuais foi, paralelamente, anunciado um novo jogo laser, tag da plataforma, denominado Clash Arena.

O Axie Infinity é nº 1 da lista dos maiores games do metaverso, um jogo de batalha onde os usuários enfrentam seus AXIES (criaturas ou personagens) em tempo real. Nos moldes desse novo mundo de *play-to-earn*,⁷ com apostas e negociações, tem como moeda local o token AXS, que teve uma valorização de 18.000% no final de 2021, sendo uma das criptomoedas Metaverso mais promissoras do momento. Fazendo parte da lista, podemos citar ainda Drunk Robots, Sunflower Land, Ascenders (na rede Avalanche-AVAX), Metashooter e Genesis Worlds.

Metaverso no mercado de seguros?

Se voltarmos no tempo, o nascimento do seguro se deu através de grupos de armadores contribuindo para um fundo – os precursores dos clubes de P&I⁸ - com o objetivo de diluir entre as frotas de navios mercantes, os prejuízos oriundos de suas travessias marítimas de comércio.

Com o passar dos anos tal ideia de proteção de risco se expandiu, surgiram as seguradoras, e se multiplicaram as coberturas, sendo criados os mais variados ramos de seguro, com uma grande gama de produtos que continuam se atualizando e novos sendo criados para atender as necessidades da vida atual e da proteção aos novos riscos.

⁷Play-to earn: literalmente jogar-para-ganhar, se refere aos jogos que incluem apostas, perda e ganhos com crypto moedas, geralmente próprias.

⁸P&I – Protection & Indemnity, forma de proteção de riscos, não cobertos pelo seguro marítimo, que são assumidos pelos Clubes de P&I, formado por armadores, para suas embarcações. O reembolso dos prejuízos advindos de um sinistro, é feito por meio do fundo para o qual contribuem todos os membros, não havendo pagamento anterior de prêmio. A cobertura de P&I é complementar visando minimizar não seguradas ou seguráveis.

A digitalização do setor de seguros que já vinha se desenvolvendo para atender a demandas de competitividade e mesmo legais e regulatórias, como no caso da LGPD e outros normativos, foi acelerada pelas restrições impostas pela Covid-19. As rotinas e protocolos internos com necessidade de atualização e treinamento dos funcionários e colaboradores, exigiram novos *approaches*. A tecnologia e a inovação vieram para ficar na rotina das companhias e nas suas estratégias de negócio.

Apenas a título de ilustração, citamos a MAG, seguradora especializada em vida e previdência, do grupo Mongeral Aegon que, como declarado por seu Superintendente de Gestão e Relacionamento,⁹ já enxerga uma série de oportunidades e desafios no metaverso, tais como a possibilidade de treinamento de corretores através de imersão em uma plataforma com informações em tempo real, além da possibilidade de realização de reuniões e interlocução com múltiplos corretores de todo o Brasil, também *online*. Bruno Costa acredita ainda na possibilidade da utilização da tecnologia para educação financeira no seguro, e na sensibilização dos consumidores sobre a importância do seguro de vida, ainda com grande capacidade de expansão entre nós.

Impactos do metaverso no seguro

Na Inglaterra vem sendo monitorado e já se faz sentir o impacto do metaverso no mercado segurador. A Ativa UK, seguradora inglesa, apontou um aumento de 31% em 2021, nos sinistros de danos e acidentes pessoais em ambiente doméstico, tendo como exemplos, quebra de lâmpadas e ventiladores de teto, danos em móveis e aparelhos eletrônicos, inclusive com lesões corporais, decorrentes da utilização de fones de ouvido e óculos de realidade virtual.

O Wall Street Journal noticiou em abril de 2022, o aumento de lesões relacionadas ao metaverso, incluindo ombros deslocados e namoradas feridas. A matéria menciona que pessoas também conseguiram lesionar várias partes do corpo enquanto se engajavam em mundos virtuais, como o caso do garoto de 14 anos que fraturou a rótula ao perder o equilíbrio depois de jogar Superhot VR, informou o jornal.

⁹ Superintendente de Gestão e Relacionamento da MAG – seguradora de vida do grupo MONGERAL.

Conclusão

Os avanços tecnológicos estão chegando em velocidade e alcance exponenciais e ganhando espaço em todos os setores, trazendo desafios e soluções que serão aproveitados conforme a maior visão e a dose de ousadia. O setor segurador já faz tempo vem reformulando seu perfil tradicionalista e timidez para inovar. A regulação tenta acompanhar as novidades com a cautela devida ao seu papel, mas também terá que acelerar sua atuação e ser flexível na adoção do que possibilitará permitir práticas, modelos e produtos que atendam aos novos tempos e ao novo consumidor. O metaverso estará no centro desses movimentos e pressionando o comportamento dos usuários e da sociedade, independente da esperada normatização das criptomoedas.

Com os exemplos trazidos, já fica possível vislumbrar o aumento de utilização do seguro saúde, do DIT seguro de Diária de Incapacidade Temporária, e até mesmo do seguro de vida no caso de acidentes fatais. Resta saber o quanto o setor segurador e em que velocidade, adotará o metaverso a seu favor e de seus segurados.

Bibliografia

NEAL STEPHENSON – “Snow Crash: A Novel” no Brasil, “Nevasca” editora Aleph, 2008.

CATHY HACKL, DIRK LUETH, TOMMASO DI BARTOLO, JOHN ARKONTAKY, YAT SIU – Navigating the *Metaverse*: A Guide to Limitless Possibilities in a Web 3.0 World (English Edition) – 2022.

KAI-FU LEE – Inteligência Artificial – Globo Livros.

CAROLINE KALIL POSADA – O METAVERSO SIMPLIFICADO – Guia Prático de Estudo – Kindle.

GUY PERELMEUTER – FUTURO PRESENTE – 2019 – O Mundo movido à Tecnologia – Companhia Editora Nacional.

MARCELO DANTAS – Artigo – O metaverso e as novas perspectivas para o e-commerce – 10/05/2022, e-commercebrasil.com.br/artigos/metaverso-perspectivas-e-commerce

A mediação extrajudicial como instrumento de transformação de conflitos na Saúde Suplementar

Kátia O'Donnell¹

RESUMO: o artigo objetiva demonstrar a importância da mediação extrajudicial nas demandas decorrentes dos conflitos originários da saúde suplementar, setor de suma importância para os sistemas social, jurídico e econômico do nosso país, e que possui certas peculiaridades que nem sempre conseguem ser percebidas e tratadas com a efetividade que se espera. Trata-se de um dos temas mais judicializados na última década segundo dados do CNJ² e que ficou ainda mais em evidência durante a pandemia. Ocorre que, a relação existente entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários são relações consideradas contínuas e, por isso, não é raro que as demandas propostas no judiciário sejam recorrentes e atribuídas a uma mesma pessoa, ou seja, cada vez que o beneficiário – autor do processo – não se sentir atendido em seu pleito perante à operadora recorrerá ao judiciário visando resolver o seu conflito. E, é nessa seara que ocorre uma das maiores diferenças entre o judiciário e a mediação extrajudicial, pois enquanto aquele visa resolver cada conflito que chega por meio dos processos judiciais, essa visa transformar o conflito, pois tem por base a continuidade da relação existente entre operadora de plano de saúde e beneficiário, pois como será demonstrado, saber identificar e diferenciar a possível resolução de um conflito, de sua transformação é um dos principais pontos de partida para se chegar ao fim de uma lide em busca da desjudicialização em um setor de tamanha importância para toda a sociedade.

¹ Advogada. Especialista Jurídica na CNseg – Confederação Nacional das Seguradoras. Mediadora Extrajudicial capacitada pelo Mediação Brasil. Associada do Mediare e membro efetivo do Setor Saúde. Mestranda em Sistemas de Resolução de Conflitos pela UNLZ de Buenos Aires. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UGF.

² [-101-](https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-responde-por-130-mil-demandas-judiciais-anualmente/#:~:text=Sa%C3%BAde%20suplementar%20responde%20por%2020130%20mil%20demandas%20judiciais%20anualmente%20%2D%20Portal%20CNJ&text=No%20per%C3%ADodo%20compreendido%20entre%202015,a%20planos%20e%20seguros%20sa%C3%BAde. Acessado em 01/05/2022.</p></div><div data-bbox=)

RESUMEN: el artículo tiene como objetivo demostrar la importancia de la mediación extrajudicial en las demandas derivadas de los conflictos originados en la salud suplementaria, sector de suma importancia para los sistemas social, jurídico y económico de nuestro país, y que posee ciertas peculiaridades que no siempre consiguen sin percibidas y tratadas con la efectividad que se espera. Se trata de uno de los temas más judicializados en la última década según datos del CNJ y que quedó aún más en evidencia durante la pandemia. Ocurre que, la relación existente entre los operadores de planes de salud y sus beneficiarios son relaciones consideradas continuas y, por eso, no es raro que las demandas propuestas en el poder judicial sean recurrentes y atribuidas a una misma persona, o sea, cada vez que el beneficiario - autor del proceso - no se sienta atendido en su pleito ante el operador recurrirá al judicial para resolver su conflicto. Y, es en esa senda que ocurre una de las mayores diferencias entre el poder judicial y la mediación extrajudicial, pues mientras aquél busca resolver cada conflicto que llega por medio de los procesos judiciales, esa busca transformar el conflicto, ya que se basa en la continuidad de la relación existente entre el operador del plan de salud y el beneficiario, pues como se verá, saber identificar y diferenciar la resolución de un conflicto de su transformación es uno de los principales puntos de partida para llegar al final de una lid en busca de la desjudicialización en un sector de tan grande importancia para toda la sociedad.

Palavras-chave: Mediação extrajudicial. Conflito. Saúde Suplementar. Operadora de plano de saúde. Beneficiario. Desjudicialização.

Palabras-clave: Mediación Extrajudicial. Conflicto. Salud Suplementaria. Operadores de planes de salud. Beneficiarios. Desjudicialización.

Sumário: 1. Introdução. 2. A mediação judicial e extrajudicial no Brasil. 3. O conflito como ponto de resolução e/ou transformação na Saúde Suplementar. 4. A redução da judicialização da saúde por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos. 5. A comunicação eficaz e o custo de efetividade como ferramentas de redução das demandas na Saúde Suplementar. 6. A vitória coletiva do setor da saúde depende do empenho individual de cada um de nós. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O setor da saúde sempre foi de suma importância, mas é fato, que nos tempos atuais tem sido um dos mais comentados por todos os meios de comunicação, empresas, amigos e familiares, seja sob o ponto de vista do setor público ou privado, pois a pandemia ratificou algo que muitos sabiam, mas que não lembravam, a vida é breve e passa depressa.

A forma como muitas vidas foram rapidamente ceifadas e a economia foi abalada levou os indivíduos a tomarem duas decisões

impactantes dentre muitas outras, o cancelamento dos planos de saúde por perda no padrão de vida ou a adesão a outros planos de saúde adotando o corte de outras despesas, para não correrem o risco de perderem seus entes queridos diante de tantas incertezas e do desconhecimento, inclusive, pela ciência, que tem se superado diariamente.

Dessa forma, pode-se afirmar que onde há um prestador de serviços e um destinatário sempre haverá o risco do descontentamento, da reclamação, do pleito que não foi atendido etc., e com o setor da saúde não é diferente. Por ser um setor sensível, tudo que o afeta tende a ser mais impactante e repercutido pela mídia e, por isso, deve ser tratado de acordo com suas peculiaridades e particularidades.

Diante da sensibilidade do tema e de toda atenção que ele merece, há que se refletir sobre o porquê de tantas judicializações, sendo que algumas inferências podem ser cogitadas, tais como (i) o brasileiro por natureza é um povo beligerante; (ii) o advogado era formado para identificar o meio mais apropriado de judicializar uma demanda e de se sair vencedor; (iii) a comunicação é uma ferramenta que ainda não conseguiu ser utilizada em toda sua capacidade por vários países; (iv) o custo de oportunidade, conceito econômico, que representa a renúncia causada por determinada escolha, ainda, não é levado em consideração pelos mediandos durante as negociações decorrentes de conflitos na Saúde Suplementar; e (v) ainda existe em nosso país a cultura de que o mediador usurpará o emprego dos advogados.

Diante do exposto, o presente trabalho visa desmistificar a ideia de que os conflitos só encontram soluções quando judicializados e que a mediação extrajudicial pode e deve ser utilizada como método de desjudicialização a ser implementado ainda na esfera corporativa das operadoras de planos de saúde, que poderão se utilizar de várias ferramentas cujo foco será a comunicação ativa e assertiva, bem como a análise do custo de oportunidade.

2. A mediação judicial e extrajudicial no Brasil

Na atualidade, a situação brasileira é ampla em termos de normatização sobre os meios consensuais, mas até 2015, apenas os mediadores judiciais contavam com regras específicas para a sua atuação definidas pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, não havendo norma oficial que regulasse a atuação de mediadores extrajudiciais. Ao longo dos anos foi sendo delineado um

consistente movimento em prol da institucionalização da mediação e diversos projetos de lei tramitaram no legislativo brasileiro entre 1998 e 2014 contemplando diferentes abordagens sobre a mediação. Em 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, a mediação passou a ser, expressamente, reconhecida no cenário jurídico e, poucos meses após, foi promulgada a Lei da Mediação, Lei nº 13.140/2015.³

É preciso, porém, reconhecer que a mediação extrajudicial encontra respaldo apenas na Lei da Mediação, mais especificamente nos arts. 9º e 10 no que diz respeito aos mediadores extrajudiciais; e nos arts. 21 e 23 ao dispor sobre a mediação extrajudicial, além de uma base teórica e doutrinária com respaldo internacional, eis que a mediação já é utilizada há muito tempo e em diversos países, não só ela como vários outros métodos alternativos de resolução de conflitos.

Dessa forma, podem-se resumir as espécies de mediação da seguinte forma:⁴

Mediação judicial: quando efetivada no curso de uma demanda já instaurada, sendo conduzida por mediadores judiciais, previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo Tribunal, designados pelo juiz da causa ou indicados pelos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Mediação extrajudicial: realizada por mediadores independentes, ou seja, sem qualquer vínculo com entidades e escolhidos livremente entre as partes, ou por meio da denominada mediação institucional, organizada por centros ou associações de mediação. O mediador extrajudicial, muitas vezes, atua como mediador preventivo.

Nota-se, portanto, que a mediação pode ser aprofundada sob duas vertentes, tendo sido identificada como a mais assertiva para o presente estudo a extrajudicial, pois a ausência da burocracia perante os tribunais é mais um ganho em termos de celeridade na transformação ou resolução de um conflito como será demonstrado.

³ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. Editora Método. 5^a ed. Editora Método. 450p.

⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003, p. 212, apud TARTUCE, Fernanda.

3. O Conflito como ponto de resolução e/ou transformação na Saúde Suplementar

O conflito é inerente à natureza humana e nos acompanhará sempre, seja com relação a uma pessoa, a um grupo ou a nós mesmos. Ademais, saber identificá-lo, conduzi-lo e transformá-lo é uma tarefa muitas vezes melhor exercida por alguém fora da zona de conflito, da zona de guerra, mas que ao mesmo tempo esteja preparado para utilizar as ferramentas adequadas ao processo de resolução ou transformação.

A afirmativa supracitada parece fazer mais sentido quando nos reconectamos com nós mesmos a fim de resgatar uma situação delicada ou conflituosa que nos envolveu, mas que acabou sendo apaziguada por alguém que sequer tinha conhecimento da origem ou do porquê do problema e, isso ocorreu, porque essa pessoa provavelmente não foi subtraída por suas emoções, fato esse que por vezes nos leva ao insucesso nas negociações e decisões.

À parte todo o acima, é importante a compreensão de que um conflito nem sempre trará apenas malefícios, pois muitas vezes ele nos faz crescer, amadurecer, evoluir e progredir.

Diante dessas premissas, a possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é possível se perceber o conflito de forma positiva.⁵

Adentrando de forma mais técnica no tema, torna-se imprescindível definirmos, inicialmente, o conflito e, para tanto, nada mais pertinente do que utilizar a definição extraída do Manual de Mediação do CNJ, qual seja, *o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis*.⁶

Um outro conceito de conflito muito utilizado é o dado por John Paul Lederach:⁷

⁵ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acessado em 05/05/2022.

⁶ Ibidem.

⁷ LEDERACH, John Paul. Transformação de Conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, pg. 11.

O conflito é o elemento propulsor de mudanças pessoais e sociais; isso significa visualizá-lo como catalisador do desenvolvimento humano. Ao invés de ver o conflito como ameaça, proponho entendê-lo como uma oportunidade para crescer e aumentar a compreensão sobre nós mesmos, sobre os outros e sobre nossa estrutura social.

Segundo o CNJ, frequentemente, constata-se partes que, após longos períodos de litígio, recebem integralmente o pedido posto na inicial, mas ainda assim não sentem que “venceram o conflito”. Ainda mais quando a vitória é parcial. Certamente se pode afirmar que, se uma parte vence – parcial ou integralmente – uma disputa, mas ainda se encontra insatisfeita ao final do processo, há algo no uso da máquina estatal a ser questionado. A mera concepção de que um conflito pode ser “vencido” merece revisão.⁸

De fato, partes vencedoras de uma disputa frequentemente se sentem perdedoras em razão do tempo, das custas e, principalmente, da perda de vínculo, que para muitos litigantes é especialmente precioso. Ademais, poderá ocorrer a necessidade de dispêndio com marketing para repor o prejuízo decorrente da imagem da marca. Portanto, não restam dúvidas de que um litígio pode gerar adversários de grande animosidade e destruir as relações entre os envolvidos.⁹

Partindo-se da premissa apresentada e traçando um paralelo com o sistema de saúde suplementar, algumas considerações merecem destaque, como, por exemplo, (i) a importância da comunicação eficaz, seja para dizer sim ou não; (ii) o custo de oportunidade deverá ser aplicado, conceito econômico, que poderá ser utilizado tanto sob o viés da operadora quanto do beneficiário, pois ambos têm escolhas e consequentemente perdas durante qualquer processo judicial ou administrativo, cabendo à mediação extrajudicial ponderar as perdas a fim de identificar a melhor forma de alocar os ganhos; (iii) o acolhimento como ponto de equilíbrio e respeito ao beneficiário, que muitas vezes quer apenas se sentir legitimado; (iv) a escuta ativa, pois um dos maiores problemas existentes na sociedade é a falta de escuta e de atenção de uns com os outros, principalmente em um mundo digital; e (v) a empatia de ambas as partes sob o viés não apenas das operadoras para com o beneficiário, mas também dele para com elas

⁸ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acessado em 01/05/2022.

⁹ Ibidem.

a fim de que sejam compreendidos todos os aspectos que envolvam o setor da saúde suplementar, sejam eles sociais ou econômicos.

É fato que o último ponto apresentado pode parecer uma utopia, mas as mudanças de paradigmas precisam ser iniciadas de alguma forma e, nesse caso, sugere-se a utilização de uma abordagem diferenciada, inclusiva, empática e eficaz, o que indubitavelmente demandará tempo, estudo, preparo e disciplina.

Tangibilizando as demandas judiciais, constata-se que têm sido cada vez mais recorrentes as situações em que o beneficiário com um pleito negado por sua operadora de plano de saúde com base em cláusula contratual ou até mesmo em uma normativa do setor recorre ao judiciário e ganha a ação, principalmente em primeiro grau ou em sede de liminar. Nesse caso, fica claro para a operadora que ela está certa, pois está respaldada contratualmente ou legalmente, mas na prática esse tipo de conflito acaba sendo computado desfavoravelmente às operadoras, pois o beneficiário além de não entender a negativa, acredita que o judiciário seja o meio mais adequado para resolver seu problema, e talvez o único que ele conheça.

Ocorre que, o judiciário acaba sendo uma alternativa ruim para a operadora de plano de saúde quando vencida e para o beneficiário, quando vencido, pois ficam sujeitos ao pagamento de custas e honorários, filas de espera na Defensoria Pública, quando for o caso, e todos esses embates sem que seja ponderado um dos fatores mais importantes, qual seja, a continuidade da relação contratual, pois por sua própria natureza o contrato de plano de saúde é considerado um contrato cativo, de longa duração, fazendo-nos pressupor que aquele pleito inicial pode vir a ser recorrente.

A ideia de permanência ou não de uma relação deve ser levada em consideração sempre que se identificar um conflito e, por isso, a ideia de se trabalhar com a transformação do conflito ao invés da resolução tende a ser mais assertiva.

A resolução do conflito é legítima quando é rápida e definitiva para problemas nos quais os relacionamentos estruturais não estão envolvidos, já nos casos em que as relações passadas e futuras estão presentes, fica evidente a necessidade de uma abordagem mais ampla, logo “transformação” seria um termo mais preciso.¹⁰

¹⁰ LEDERACH, John Paul. Transformação de Conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, pg. 13.

A transformação busca criar uma estrutura capaz de tratar do conteúdo, do contexto e da base do relacionamento. Enquanto abordagem, a transformação aspira à criação de processos construtivos de mudança usando o próprio conflito como meio para chegar lá.¹¹

Evidencia-se, portanto que o fato de que uma das ideias centrais da transformação de um conflito ser a manutenção do relacionamento, o que acaba sendo recorrente nos contratos de planos de saúde, ainda, que com o instituto da portabilidade, deve ser ponderada. Dessa forma, quanto mais assertiva a operadora de plano de saúde for no sentido de promover ações que visem a fidelidade do beneficiário, tais como o bom acolhimento, a escuta, a empatia e a comunicação compassiva, além de se preocupar em dar um retorno sempre que solicitado, ainda que seja para não acolher a demanda, mas para que o beneficiário não se sinta desrespeitado, mas sim legitimado maior a probabilidade de se estabelecer uma relação pacífica e baseada no diálogo.

Não se pode olvidar de que as pessoas que atuam na área da saúde suplementar, mais especificamente em operadoras de planos de saúde, têm conhecimento de várias ações implementadas internamente visando justamente a excelência no atendimento e na resolução de demandas, como o SAC e a Ouvidoria, além das NIPs – Notificação de Intermediação Preliminar – que tecnicamente não se confunde com a mediação extrajudicial, por não observar os seus princípios, e principalmente pelo fato de a demanda não ser tratada por um terceiro imparcial.

Objetivamente, a NIP consiste em uma forma de se tentar resolver uma demanda em sede administrativa, viabilizando ao beneficiário um meio de reclamação de forma on-line, bem como a defesa da operadora de plano de saúde e formulando uma decisão por meio de um fiscal do órgão regulador que poderá resultar (i) no reconhecimento da demanda a favor do beneficiário e consequentemente na instauração de um processo administrativo em face da operadora; (ii) o reconhecimento da demanda a favor da operadora; ou (iii) em sua não procedência.

Diante do exposto, nota-se que quase sempre haverá um vencedor e um perdedor, similar ao que ocorre nos processos judiciais e, por isso, a ideia de se propor a quebra de alguns paradigmas de forma que sempre que possível ambos saiam ganhando é o objetivo do presente estudo.

¹¹ Ibidem.

4. A redução da judicialização da saúde por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos

Reducir a judicialização não significa apenas a realização de conciliações ou mediações judiciais ocorridas no curso do processo, ainda que bem sucedidas, tem que ser mais que isso. Nesse caso, é importante uma mudança de *mindset*, ou seja, focar em meios que evitem a judicialização e não simplesmente que a reduzam, sendo esse o mote da mediação extrajudicial.

O que se pretende ao apresentar essa reflexão é conscientizar todos os atores envolvidos na demanda de que o trabalho preventivo, ainda que em sede interna de qualquer ambiente corporativo, é o que realmente reduzirá a judicialização e, para tanto, conhecer os princípios que regem a mediação é o primeiro passo. Dentro de um ambiente corporativo e de uma negociação a confidencialidade das informações prestadas é um dos fatores mais almejados, pois o que for falado e apresentado jamais poderá ser levado ao judiciário, caso não se chegue a um acordo, salvo se o detentor da informação consentir.

Ademais, a autonomia da vontade, a informalidade e a imparcialidade são capazes de proporcionar um ambiente menos temido e ameaçador como muitas vezes o judiciário faz parecer, isto é, saber que os interessados em resolver uma demanda podem a qualquer momento desistir e que o mediador será uma pessoa imparcial, não vinculada a nenhuma das partes passa segurança e maior credibilidade.

Outra questão que deve ser muito considerada é o fato de que a mediação extrajudicial é mais célere, além de permitir que o demandante e o demandado participem ativamente da decisão, ou seja, poderão dialogar, expor suas demandas, fundamentos e objetivos até chegarem a um consenso de forma que ambos se sintam atendidos e, caso não haja um consenso, a futura judicialização não apenas verá com bons olhos a tentativa de um acordo extrajudicial, como os próprios envolvidos terão uma nova visão do conflito e de sua escalada, aumentando as chances de uma imagem positiva da operadora de plano de saúde que tenta resolver suas demandas por meio do diálogo, do acolhimento e da escuta ativa.

Em suma, a possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada

moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é possível se perceber o conflito de forma positiva.¹²

Em termos práticos a proposta de utilização da mediação extrajudicial como instrumento de transformação de conflitos na Saúde Suplementar consiste no levantamento pela Operadora de plano de saúde de todas as solicitações negadas aos seus beneficiários, seja de cunho assistencial ou não, bem como a identificação dos potenciais riscos de judicialização para que essa lista seja encaminhada a um mediador extrajudicial que tomará as medidas necessárias desde a convocação das partes até as sessões de mediação. No entanto, para que o fluxo sugerido seja eficaz, faz-se mister que a operadora encaminhe para o processo de mediação um colaborador com conhecimento técnico e capacidade de decisão, ressaltando-se que o fluxo apresentado não se aplica aos casos de urgência e emergência, pois considerando o curto prazo a possibilidade de êxito acaba sendo reduzida.

Importante esclarecer que o contato do mediador extrajudicial com o beneficiário dar-se-á por meio de um telefonema e/ou cartão convite para que apenas ele se dirija ao local agendado com o intuito de ser escutado e acolhido, em sequência, mas não necessariamente no mesmo dia. A operadora de plano de saúde também será ouvida pelo mediador.

Diante do exposto, começa a se tornar evidente mais um dos diferenciais da mediação, qual seja, o fato de o mediador não ter conhecimento prévio da demanda, considerando que apenas no dia em que ouvir os mediandos é que saberá o motivo que os levaram a entrarem em conflito, o que passa a ser um grande diferencial, pois impede a formação de um juízo prévio de valor e, com seu conhecimento técnico na área da saúde, bem como sua formação em meios alternativos de resolução de conflitos saberá como contribuir de forma eficaz para a redução da judicialização, pois cada acordo firmado será considerado um título executivo extrajudicial.

A proposta inicial não se confunde com a atividade exercida pela

¹² <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acessado em 06/05/2022.

Ouvidoria, pelo Jurídico ou pelas demais áreas de uma operadora de plano de saúde que possui um contato direto com o cliente, pois nesses casos o beneficiário pode se sentir em desvantagem pelo fato dessas pessoas serem colaboradores da empresa com a qual ele vem pleiteando algo. A proposta consiste em apresentar uma alternativa pré-judicial de forma que a demanda seja resolvida sem que sequer a ação seja distribuída ou que se tenha aberto uma NIP – Notificação de Intermediação Preliminar ou reclamação na Ouvidoria, eis que mais um canal seria concretizado por meio de um contato ativo das Operadoras com os seus beneficiários com potenciais riscos de judicialização por meio de um mapeamento interno das empresas de planos de saúde.

Fato é que, no setor da saúde a mediação deve ser especializada. Os mediadores além da capacitação técnica para mediação, devem possuir familiaridade com o vocabulário único desse setor e conhecer os protocolos, para uma boa interação com as partes, até mesmo para zelar pela decisão informada das partes.

Outro fator importante, consiste na abordagem do custo oportunidade, pois ele representa o custo associado a uma determinada escolha em termos de oportunidade perdida, ou seja, representa o valor que atribuímos à melhor alternativa de que prescindimos quando efetuamos a nossa escolha.¹³

Dessa forma, a identificação, ainda que aproximada do custo oportunidade será uma excelente ferramenta à disposição dos interessados, pois ao se fazer uma escolha, outras serão desconsideradas e essa análise permitirá a aplicação da melhor alternativa para um acordo negociado.

Em suma, a mediação extrajudicial na área da saúde suplementar pode trazer celeridade na resolução de conflitos e reduzir custos com ações judiciais, afastar desgastes emocionais durante negociações infrutíferas, além de ser mais assertiva, sendo cada dia mais essencial para otimizar a utilização do judiciário e reduzir a judicialização, cujo tema tem sido considerado um dos mais demandados na volumetria das ações e que se converte em milhões de reais gastos pelas empresas do ramo da saúde suplementar.

¹³ https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/custo_de_oportunidade.pdf Acessado em 09/05/2022.

5. A comunicação eficaz como ferramenta de redução das demandas na Saúde Suplementar

A comunicação é uma condição *sine qua non* da vida humana e da ordem social. Como uma das ferramentas de resolução do conflito permanece indispensável, pois ela não só transmite informação, como, ao mesmo tempo, impõe um comportamento.¹⁴

Esse comportamento pode ser observado desde o início da demanda que gerou a reclamação, e tanto por parte do beneficiário ou do seu interlocutor, quanto por parte dos colaboradores da operadora de plano de saúde, pois é ele quem dirá se aquela demanda será passível de uma resolução de forma extrajudicial e qual a melhor abordagem a ser adotada.

Dessa forma, tendo a comunicação um papel central em qualquer relacionamento humano, no âmbito da mediação ela se torna essencial, tendo em vista que um de seus principais propósitos é o reestabelecimento e a manutenção da relação entre os envolvidos.

À luz desse quadro, é possível pensar em ajustes apropriados para reduzir a judicialização da saúde suplementar, como por exemplo, a criação ou a preparação de colaboradores de um setor na empresa que identifique as reclamações passíveis de judicialização, mas antes que se chegue às NIPs – Notificação de Intermediação Preliminar, como por exemplo, o setor de atendimento ao cliente, pois como já mencionado as operadoras de planos de saúde correm o risco de sofrerem sanções administrativas prejudiciais às operações comerciais e à marca da empresa.

Reitera-se o fato de que a utilização da mediação extrajudicial não se confunde com a Ouvidoria, pois quanto mais eficaz for aquela, menos demandas chegarão a essa e, consequentemente, melhor atenção poderá ser dada às que chegarem, além do fato de que a redução da volumetria de casos, seja no âmbito das NIPs como no âmbito da Ouvidoria reproduzirá a efetividade da redução de demandas em sede administrativa e judicial.

Por mais que se tente reduzir demandas e firmar acordos extrajudiciais, a crítica existe e sempre existirá, pois é algo inerente

¹⁴ WATZLAWICK, Paul; BAVELAS, Janet Beavin e JACKSON, Don D. Teoría de la comunicación humana: interacciones, patologías y paradojas. Ed. Herder. 2015, 262p.

ao ser humano e ao mundo, mas o problema é quando ela surge acompanhada da desinformação, o que quase sempre ocorre. No entanto, a desinformação pode ser sanada por meio da comunicação assertiva e eficaz, seja ela institucional ou não, e essa comunicação assertiva poderá se iniciar por meio da mediação extrajudicial. Nesse caso, o trabalho do mediador consistirá em ouvir as partes envolvidas no conflito, de forma imparcial e com a utilização das técnicas do instituto, podendo tal trabalho ser iniciado com as demandas de cunho não assistenciais, considerando que as assistenciais carregam o fator emocional, o que não quer dizer que não possam ser trabalhadas posteriormente, pois a mediação é muito utilizada em conflitos familiares, ou seja, dotados de forte fator emocional.

Outra questão que envolve a comunicação carregada de desinformação é a alegação de que a mediação extrajudicial reduziria o campo de trabalho dos advogados, o que não procede, pois se considerarmos o tempo que um processo leva para ser concluído e, consequentemente, o tempo que o advogado leva para receber seus honorários, conclui-se que uma justiça com menos demandas resultará em um resultado mais célere.

Ademais, a mediação pode ser exercida por advogados com a devida habilitação, ou seja, trata-se de mais um campo de atuação aos advogados que optarem por resolver os conflitos de forma extrajudicial, por meio de uma Consultoria Preventiva.

6. A vitória coletiva do setor da saúde depende do empenho individual de todos nós

Em um primeiro contato com o tema várias dúvidas e incertezas poderão surgir, pois o nosso país e as instituições de ensino do Direito, até então, sempre foram voltadas para a judicialização, para a utilização das melhores técnicas de combate e sempre se vibrou com a vitória e se questionou a derrota, pois nos processos judiciais uma das partes sempre se sentirá injustiçada.

No entanto, visando um exemplo de quebra de paradigmas, relata-se uma experiência similar, guardadas as devidas proporções, realizada no campo da administração pública, por meio do chamado “Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – Cirads”, implantado pela primeira vez no Rio Grande do Norte, em 2010, e que consiste em um instrumento para a efetivação da saúde fora do ambiente judicial, podendo a importância do

mecanismo ser verificada na medida em que foi indicado tanto pelo Ministro da Advocacia Geral da União como pelo Ministro da Saúde, na Audiência Pública nº 4 do STF, como referencial a ser adotado para a propagação de alternativa à judicialização em escala nacional.¹⁵

O projeto melhorou o atendimento à saúde e reduziu os índices de judicialização a partir da adoção de mecanismos consensuais de solução de controvérsias no âmbito administrativo, envolvendo a participação de vários órgãos públicos com alguma parcela de responsabilidade sobre o problema, ganhando inclusive a VII Edição do Prêmio Innovare 2010.¹⁶

A função do Comitê mostra-se clara ante o panorama traçado: constitui uma conjugação de esforços capaz de resolver questões de notória importância sem que as partes cheguem às portas do Poder Judiciário. Assim, ainda que não se promova a concessão exata daquilo que o paciente procura, a medida administrativa mostra seu êxito por solucionar casos que certamente ensejariam novas ações judiciais.¹⁷

Vivemos em sociedade, em um país democrático de Direito e que até poucos anos atrás judicializava qualquer insatisfação, pois se tinha a ideia de que o mais vulnerável sempre vencia a causa. Ocorre que, hodiernamente a situação mudou, pois há vários tipos de vulneráveis, podendo, inclusive, ser considerado um conceito subjetivo, eis que a internet, a globalização e as redes sociais passaram a disponibilizar qualquer tipo de informação e a qualquer momento, ainda que muitas não verdadeiras ou bem fundamentadas.

Portanto, se cada um fizer a sua parte dentro de sua possibilidade e responsabilidade poderá haver uma melhor perspectiva para o futuro da saúde de forma geral, pois quanto mais eficiente for o setor da saúde suplementar menos beneficiários migrarão para o SUS, resultando em um sistema menos congestionado e mais propício a um melhor atendimento.

¹⁵ RACHID, Raquel Requena. Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo. Artigo: Alternativa à Judicialização do Direito à Saúde: A experiência do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads) no Rio Grande do Norte. Ed. Saraiva, 2017, 552p.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

7. Conclusão

Mudanças de paradigmas se fazem necessárias sempre que um sistema apresenta possibilidades de melhorias, e como abordado os critérios para a solução dos conflitos de direitos sociais e de natureza distributiva, como o direito à saúde, muitas vezes tem como a melhor alternativa a articulação das partes com vistas a estabelecer um compromisso ou efetuar uma transação, especialmente por serem relações que se prolongam no tempo.

O que se conclui é que os tempos do Poder Judiciário ser a primeira e única via para o consumidor fazer valer seus direitos estão ficando para trás e hoje os consumidores, aí incluídos os usuários de planos de saúde, podem, e cada dia poderão mais, contar com a mediação extrajudicial como meio alternativo da resolução de conflitos, com mais rapidez e menor custo, financeiro e emocional.

Referências Bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003, p. 212, apud TARTUCE, Fernanda.

LEDERACH, John Paul. Transformação de Conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, pg. 11.

RACHID, Raquel Requena. Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo. Artigo: Alternativa à Judicialização do Direito à Saúde: A experiência do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads) no Rio Grande do Norte. Ed. Saraiva, 2017, 552p.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. Editora Método. 5^a ed. Editora Método. 450p.

WATZLAWICK, Paul; BAVELAS, Janet Beavin e JACKSON, Don D. Teoría de la comunicación humana: interacciones, patologías y paradojas. Ed. Herder. 2015, 262p.

Site Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível no endereço eletrônico:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acessado em 05/05/2022.

Site Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível no endereço eletrônico:

<<https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-responde-por-130-mil-demandas-judiciais-anualmente/#:~:text=Sa%C3%BAAde%20suplementar%20responde%20por%2020130%20mil%20demandas%20judiciais%20anualmente%20%2D%20Portal%20CNJ&text=No%20per%C3%ADodo%20compreendido%20entre%202015,a%20planos%20e%20seguros%20sa%C3%BAAde>>.

Acessado em 01/05/2000

Site Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível no endereço eletrônico:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acessado em 06/05/2000

Referências Legislativas

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

<<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaa2655.pdf>>

Acessado em 01/05/2022.

CNJ – Manual de Mediação

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acessado em 01/05/2022.

Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

Acessado em 01/05/2022.

Lei nº 13.140/2015 – Lei da Mediação

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>

Acessado em 01/05/2022.

Equilíbrio contratual nas relações securitárias

Rodrigo da Guia Silva¹

RESUMO: O escopo do presente estudo consiste em destacar possíveis contributos para o aprimoramento das reflexões acerca do Direito Securitário a partir da identificação da íntima correlação existente entre a alocação consensual de riscos e a configuração do princípio do equilíbrio contratual. Para tanto, parte-se de uma breve contextualização da principiologia contratual contemporânea, à que se segue uma análise sobre o sentido atribuído pelo direito brasileiro ao princípio do equilíbrio contratual. Na sequência, investiga-se a relevância da alocação consensual de riscos para a configuração do equilíbrio contratual, destacando-se a dupla dimensão assumida pelo equilíbrio nas relações securitárias. O estudo se pauta no método lógico-dedutivo, com recurso a fontes jurisprudenciais nacionais e a fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

ABSTRACT: The scope of this study is to highlight possible contributions to the improvement of Insurance Law based on the identification of the intimate correlation between the consensual allocation of risks and the configuration of the principle of contractual equilibrium. It starts with a brief contextualization of the contemporary contractual discipline about principles, followed by an analysis of the meaning attributed by Brazilian law to the principle of contractual equilibrium. Next, the study investigates the relevance of consensual risk allocation for the configuration of contractual equilibrium, highlighting the double dimension assumed by equilibrium in insurance relations. The study is based on the logical-deductive method, using national jurisprudential sources and national and foreign bibliographic sources.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont), do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* (AHC-Brasil). Advogado, sócio de Gustavo Tepedino Advogados. E-mail: rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: seguros; alocação de riscos; equilíbrio contratual; mutualismo.

KEYWORDS: insurance; risk allocation; contractual equilibrium; mutualism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Algumas perspectivas de atuação do princípio do equilíbrio contratual no direito civil brasileiro; – 3. A relevância da alocação consensual de riscos para a configuração do equilíbrio contratual: a dupla dimensão do equilíbrio nas relações securitárias; – 4. Conclusão; – 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo busca destacar alguns possíveis contributos para o aprimoramento das reflexões acerca do Direito Securitário a partir da identificação da íntima correlação existente entre a alocação consensual de riscos e a configuração do princípio do equilíbrio contratual. A importância do direito securitário para a própria compreensão da matéria se justifica, aliás, pela circunstância histórica de o estudo dos seguros frequentemente refletir (por vezes, antecipar) aspectos do desenvolvimento teórico das relações obrigacionais em geral,² o que permitiria aludir à existência de autênticos *caminhos cruzados entre o direito dos seguros e as transformações gerais do direito das obrigações*.³ Diante disso, afigura-se oportuno investigar os possíveis influxos de uma releitura da principiologia contratual para o desenvolvimento dos debates em torno do Direito dos Seguros. Eis, em síntese essencial, o escopo deste estudo.

O desenvolvimento da civilística contemporânea em matéria contratual (a abratar, naturalmente, o Direito dos Seguros) se associa,

² Esse relevante fenômeno pode ser depreendido da análise da literatura especializada, valendo destacar, por todos, SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

³ Busca-se, com essa formulação, registrar singela homenagem à clássica obra homônima de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1967, *passim*), como originalmente propugnado em SILVA, Rodrigo da Guia. Contributos do direito dos seguros para uma ressignificação da exceção de contrato não cumprido. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Coord.). *Temas atuais de direito dos seguros*. Tomo II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, item 1.

em larga medida, à disseminação do movimento (caro à transição jus política que caracterizou a transição do Estado Liberal clássico para o Estado do Bem-Estar Social)⁴ de ressignificação da autonomia dos particulares. Sustenta-se, não por acaso, um giro conceitual da autonomia da *vontade à autonomia privada*⁵ (ou à *autonomia negocial*).⁶

Tal ordem de ressignificação da autonomia privada se relaciona com a própria revisitação dos princípios contratuais clássicos à luz dos denominados *novos princípios contratuais* (boa-fé objetiva, função

⁴ Tal ascensão do Estado do Bem-Estar Social é relatada, com precisão, por PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 23 e ss. Emblemática a respeito da configuração do Estado do Bem-Estar Social é a experiência alemã no período imediatamente posterior às duas Guerras Mundiais, como relatam LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck, 1997, p. 36 e ss.

⁵ Supera-se, assim, o *preconceito voluntarista* (“*preconetto volontaristico*”, no original) identificado por SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 98. A ilustrar a defesa do uso da expressão *autonomia privada* em detrimento de autonomia da vontade, v., por todos, FERRI, Luigi. *Nozione giuridica di autonomia privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. XI, 1957, p. 131. A ilustrar a difusão da crítica ao dogma da vontade, v., ainda, BESSONE, Mario. *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 351; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 97; e CARRESI, Recensione a SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. VI, 1952, passim e, em especial, p. 491 e ss. Os excessos da doutrina da autonomia da vontade já eram percebidos por DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général. Tome I*. Paris: Arthur Rousseau, 1923, p. 84.

⁶ Pietro Perlingieri sustenta que a menção à *autonomia negocial* lograria contemplar os atos de autonomia realizados pelas pessoas jurídicas de direito público atreladas ao Estado (e não apenas por agentes originalmente privados), definindo-a como (...) o *poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos ou privados, ainda que não necessariamente próprios* (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

social e equilíbrio),⁷ a remodelar (sem suplantar) o pretérito modo de compreensão da principiologia contratual.⁸ A autonomia privada e seus corolários fundamentais (liberdade contratual, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos efeitos do contrato)⁹ enfrentam, assim, uma expressiva transformação qualitativa, que encontram boa síntese na célebre formulação de Claus-Wilhelm Canaris acerca da *materialização* (“*Materialisierung*”, no original) do direito contratual.¹⁰

O termo *materialização* busca, de modo geral, sintetizar a defesa de um paradigma contratual que supere a análise puramente formal em prol de uma análise pautada em uma visão concreta acerca da

⁷ A disseminação do reconhecimento dos *novos princípios contratuais* se deve, em larga medida, à obra de AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, abr./1998, *passim*.

⁸ Nada obstante a *novidade* associada aos aludidos princípios contratuais, o cenário contemporâneo não se pauta por uma lógica superação dos antigos pelos novos, mas sim pela coexistência funcionalizada à axiologia constitucional. Ao propósito, v., por todos, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual: a busca pelo equilíbrio negocial* diante da mudança de circunstâncias. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 60-61.

⁹ V., por todos, WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, p. 19 e ss; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 26; e OSTI, Giuseppe. Contratto. In: D'AMELIO, Mariano (*cura dì*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. V. Torino: UTET, 1938, p. 47 e ss.

¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „*Materialisierung*“. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, n. 3, 2000, *passim*. A ilustrar a utilização do termo “*Materialisierung*” em matéria contratual pela doutrina alemã contemporânea, v., por todos, LÜTTRINGHAUS, Jan D. *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*: die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, *passim* e, em especial, p. 323 e ss.; e WAGNER, Gerhard. Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?. In: BLAUROCK, Uwe; HAGER, Günter (Orgs.). *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 18 e ss.

liberdade contratual, da justiça contratual e dos princípios político-ideológicos fundamentais subjacentes ao direito contratual.¹¹ Maior atenção merece, nesse contexto, o esforço de materialização da liberdade contratual e da justiça contratual, a repercutir diretamente na compreensão do equilíbrio contratual.

O destaque deliberado ao equilíbrio se justifica pela circunstância de que, diversamente do que sucede com os demais *novos* princípios contratuais, ainda carecem de maior amadurecimento (dado o seu caráter relativamente mais recente) as reflexões acerca do princípio do equilíbrio contratual.¹² Em busca, então, do seu escopo no direito brasileiro, afigura-se de valia investigar (sem perder de vista o escopo reduzido desta sede), a partir da tutela atribuída ao desequilíbrio contratual no plano superveniente à formação do contrato, o papel efetivamente desempenhado pelo princípio do equilíbrio contratual no sistema jurídico brasileiro.

2. Algumas perspectivas de atuação do princípio do equilíbrio contratual no direito civil brasileiro

À investigação do sentido técnico atribuído ao equilíbrio contratual pelo direito brasileiro se dedica o presente item. Para tanto, sem perder de vista a historicidade e a relatividade inerentes ao tema,¹³

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts*, cit., p. 276-277. Para o desenvolvimento da análise acerca da ressignificação da autonomia privada no contexto metodológico de materialização do direito contratual, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 3, 2020, item 3.

¹² Sem embargo, por certo, das expressivas empreitadas já conduzidas pela doutrina especializada, entre as quais vale destacar, por todos, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, *passim*.

¹³ Pertinente, ao propósito, a advertência geral: *Todo instituto jurídico existe e ganha significado dentro de um ordenamento específico. Para compreender seu conceito e alcance deve-se ter em mente o todo do qual ele faz parte, analisando-se em relação com os princípios que lhe dão sentido, com os demais institutos com que faz fronteira, com as regras que viabilizam sua aplicação e na forma pela qual é interpretado. Os efeitos de uma norma somente se desenham claramente quando ela é inserida no ordenamento, do qual extrai seu significado e alcance* (KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé*

afirma-se imprescindível passar em revista o dado normativo e o correlato desenvolvimento doutrinário acerca do tema das vicissitudes supervenientes à formação do contrato,¹⁴ *locus* por excelência da atuação do princípio do equilíbrio contratual.¹⁵ Advirta-se, desde logo, que a menção a alguns dos institutos e conceitos utilizados na matéria não se move por qualquer pretensão de tratamento pormenorizado do seu respectivo regime jurídico – o que não se coadunaria com o escopo deste estudo. Ao revés, o propósito subjacente à análise a ser empreendida é investigar, a partir da tutela atribuída ao equilíbrio no plano superveniente à formação do contrato, o papel efetivamente desempenhado pelo princípio do equilíbrio contratual no sistema jurídico brasileiro.

Convém iniciar a análise pelas normas codificadas mais comumente (quiçá unanimemente) associadas à tutela do equilíbrio contratual

objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, abr.-jun./2012, p. 218).

¹⁴ (...) os negócios jurídicos estão sujeitos a vicissitudes que lhes afetam a validade ou a eficácia, ocorridas ao tempo de sua celebração (nulidade, vício de vontade, vício oculto, lesão enorme) ou supervenientes a ela (impossibilidade, perda do interesse do credor em receber a prestação etc.) (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 143-144). Para o desenvolvimento da análise das *vicissitudes supervenientes* do contrato, em oposição às *vicissitudes originárias*, com particular enfoque nas perspectivas de aplicação contemporânea da função negocial na matéria, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019, passim e, em especial, item 3.

¹⁵ O problema do desequilíbrio contratual superveniente à formação do contrato, já denominado ‘um dos mais tormentosos’ do direito privado contemporâneo, tem sido debatido não apenas em numerosas experiências jurídicas nacionais, mas também no plano internacional. O tema, que concerne, em última análise, à própria ‘relação entre o Direito e a realidade’, costuma ser abordada sob diferentes nomenclaturas – imprevisão, quebra da base do negócio, desequilíbrio entre prestações, alteração das circunstâncias, superveniência contratual, *hardship*, excessiva onerosidade, entre outras –, que refletem, a rigor, diferentes concepções teóricas sobre o fenômeno, ora lhe atribuindo tratamento mais abrangente, ora mais restritivo, ora, ainda, lhe reservando apenas um tratamento diverso (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 135-136).

no plano superveniente – os arts. 478, 479 e 480 do Código Civil brasileiro. Como se sabe, o art. 478 estabelece os requisitos para a configuração de onerosidade excessiva (superveniente)¹⁶ a ensejar a resolução do contrato por iniciativa do devedor, ao passo que o art. 479 assegura ao credor, réu em ação movida com fulcro no art. 478, a faculdade de evitar a resolução e promover a revisão do contrato. O art. 480, por sua vez, ao tratar dos contratos unilaterais, atribui ao devedor a prerrogativa de promover a revisão contratual diante de hipótese fática de onerosidade excessiva.

Soma-se aos referidos dispositivos legais o art. 317 do Código Civil, que, segundo o benfazejo entendimento consagrado pela doutrina contemporânea, conjuga-se aos arts. 478, 479 e 480, em interpretação teleológica e sistematicamente orientada, para admitir a legitimidade também do próprio devedor (e não apenas do credor, como levaria a crer a literalidade dos arts. 478 e 479) para promover a revisão dos contratos bilaterais (e não apenas dos contratos unilaterais, como levaria a crer a literalidade do art. 480 do Código Civil).¹⁷ Tal exegese

¹⁶ Em que pese a existência de certa recorrência da menção, em sede doutrinária, à excessiva onerosidade *superveniente* em oposição a hipóteses de desequilíbrio (*rectius*: ausência de equivalência ou proporcionalidade) no plano originário, as premissas assumidas no presente estudo conduzem ao reconhecimento do caráter redundante de eventual menção à onerosidade excessiva (ou a qualquer outra hipótese de desequilíbrio) *superveniente*. Afinal, como sucede com qualquer circunstância ensejadora de desequilíbrio contratual, a onerosidade excessiva pressupõe uma turbação do programa contratual originário após a sua formação originária e, portanto, somente pode vir a se configurar no curso da execução contratual, i.e., no plano superveniente.

¹⁷ *O dispositivo [art. 317 do Código Civil brasileiro] teve como escopo originário o combate aos efeitos da inflação e a desvalorização das prestações em dinheiro, mas sofreu, como já visto, ampliação da sua linguagem nos trabalhos legislativos. Da sua redação aberta, a doutrina extrai o poder do juiz de corrigir o valor da prestação devida de modo a assegurar tanto quanto possível o valor real da prestação, em cristalina opção pelo remédio revisional. E precisamente por essa razão o art. 317 tornou-se, em nossa experiência, uma espécie de 'puxadinho hermenêutico' dos arts. 478 a 480, sendo raro encontrar quem trate desses sem aquele, e vice-versa. O art. 317 acaba, assim, por ser empregado em uma interpretação corretiva dos arts. 478 a 480, para garantir a revisão mesmo na hipótese dos contratos bilaterais, ao contrário do que sugeriria a leitura isolada daqueles dispositivos* (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 247-248). Em sentido similar, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy

se coaduna com o próprio processo legislativo relativo ao atual art. 317, que, *embora originalmente concebido no Projeto de Código Civil somente para atualização monetária de obrigações pecuniárias, foi aprovado pelo Congresso com redação ampla*, a permitir a sua atuação como verdadeira cláusula geral de revisão judicial de contratos desequilibrados por fatos supervenientes imprevisíveis.¹⁸

Supera-se, assim, a resistência de certa parcela da doutrina, que, ancorada, entre outros, em argumentos relativos à localização topografia do art. 317, à suposta excepcionalidade do remédio revisional, e ao princípio da identidade da prestação (art. 313), busca restringir o escopo do art. 317 à correção monetária das prestações pecuniárias. Tal formulação reconheceria apenas ao credor, *ex vi* do art. 479, a legitimidade para o pleito revisional (mediante a *oferta de modificação equitativa*) diante de contratos bilaterais afetados por onerosidade excessiva.¹⁹

No que diz respeito à *ratio* subjacente a tais previsões, a doutrina tem atentamente destacado que esses dispositivos legais consagram a tutela do equilíbrio contratual diante de vicissitudes supervenientes à formação do contrato que afetem o programa de interesses originariamente entabulado pelas partes.²⁰ Essa íntima correlação

Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 923 e ss.; MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279 e ss.; e EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 100.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 143. No mesmo sentido, v. FRITZ, Karina Nunes. *Revisão contratual e quebra da base do negócio. Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 247, 2021, p. 5.

¹⁹ Emblemática, nesse sentido, é a formulação proposta por MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, *passim*.

²⁰ A excessiva onerosidade nas relações paritárias encontra-se disciplinada nos artigos 317, 478 e subsequentes do Código Civil, que, em consonância com o princípio do equilíbrio econômico dos pactos, autoriza a revisão ou a resolução do contrato na hipótese de verificação de fatos extraordinários e imprevisíveis que tornem a prestação de uma

entre atuação do princípio do equilíbrio no plano superveniente e tutela do programa contratual originário é ressaltada diuturnamente pela doutrina dedicada à análise da onerosidade excessiva.²¹

Também da experiência italiana – usualmente apontada como inspiração direta da disciplina codificada brasileira, seja pela redação adotada *Codice Civile* de 1942 (em especial por seus arts. 1.467 e 1.468), seja pelo desenvolvimento conferido pela doutrina à teoria da excessiva onerosidade (“*eccessiva onerosità*”, em italiano)²² – se colhe a

das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, abalando-se o sinalagma funcional em que se fundamentou a contratação (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. *Consultor Jurídico*, 20/4/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em 21/10/2021).

²¹ *O instituto [da onerosidade excessiva] tanto protege o contrato, garantindo o equilíbrio entre as prestações, como a obrigação, ao defender o interesse da parte lesada* (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 882). Ainda a destacar a correlação entre a disciplina da onerosidade excessiva e a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente, alude-se expressamente à intervenção do julgador *para corrigir os desequilíbrios supervenientes, mantendo a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações dos contratantes* (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 60). A correlação costuma ser percebida de modo ainda mais direto no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo em razão da pluralidade de dispositivos da Lei n. 8.666/1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, destinados a assegurar a preservação do *equilíbrio econômico-financeiro inicial* do contrato administrativo diante de vicissitudes supervenientes (v., em especial, arts. 57, § 1º; 58, § 2º; 65, II, d, e § 6º, da Lei n. 8.666/1993).

²² A destacar a influência direta da experiência italiana sobre a normativa brasileira em matéria de onerosidade excessiva, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral, cit., p. 138; MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 388), cit., p. 285; ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 459;

percepção acerca da íntima correlação entre onerosidade excessiva, tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente e promoção do programa contratual originariamente entabulado pelas partes.²³ Enuncia-se, nesse sentido, a relevância da excessiva onerosidade superveniente *na medida em que tenha alterado os iniciais valores sobre os quais se formou o acordo das partes*,²⁴ de modo que *venha a faltar o equilíbrio entre prestações conexas*.²⁵

Essa vinculação entre tutela do equilíbrio no plano superveniente e a promoção do programa contratual originário também é evidenciada de modo enfático pelas demais formulações teóricas que a doutrina nacional associa, em maior ou menor medida, à disciplina codificada sobre a matéria. Assim sucede, por exemplo, no âmbito das formulações teóricas relativas à cláusula *rebus sic stantibus*,²⁶ à teoria da imprevisão,²⁷

e SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios. *Rivista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 5, a. 2, out.-dez./2015, p. 84.

²³ GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto. In: *Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 54. Tradução livre do original. A considerar a resolução como “*rimedio del turbamento dell’equilibrio contrattuale*” (“remédio da turbação do equilíbrio contratual”, em tradução livre), v., ainda, MAIELLO, Paola. [verbete] Artt. 1.467. In: CENDON, Paolo (direto da). *Commentario al Codice Civile*. Torino: UTET, 1991, p. 860.

²⁴ COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilíbrio contrattuale. *Contratto e Impresa*, a. 3, n. 1, 1987, p. 432. Tradução livre do original.

²⁵ FERRI, Giovanni B. Dalla clausola ‘*rebus sic stantibus*’ alla risoluzione per eccessiva onerosità. *Quadrimestri. Rivista di Diritto Privato*, n 1, 1988, p. 64. Tradução livre do original. Ao propósito, v., ainda, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 645. A correlação entre vicissitudes supervenientes e tutela do equilíbrio contratual era destacada pela doutrina italiana antes mesmo do advento do *Codice Civile* de 1942 – que, como visto, positivou regramento expresso da onerosidade excessiva –, como se depreende de SIMONE, Mario De. Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo. *Rivista di Diritto Privato*, vol. X, 1940, p. 83-84.

²⁶ Assim relata EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 93-94.

²⁷ Assim relata MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 388), cit., p. 290-291.

à teoria da pressuposição (cunhada por Bernhard Windscheid)²⁸⁻²⁹ e às teorias da base do negócio.³⁰⁻³¹

A partir da análise do dado normativo brasileiro, em necessário cotejo com as reflexões doutrinárias desenvolvidas no Brasil e alhures, percebe-se que a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente se traduz na promoção da máxima efetividade do programa contratual de interesses originária e validamente entabulado pelas partes. O princípio do equilíbrio contratual não desempenha propriamente, portanto, um papel de indicar parâmetros para a valoração da legitimidade da avença entabulada pelas partes. A esse mister se dedicam precípuamente as normas, formulações teóricas vocacionadas à promoção do juízo de (in)validade sobre o ato, cuja feição própria (vinculada necessariamente ao plano originário) sequer se coadunaria com análises que levassem em consideração circunstâncias posteriores à formação da avença.³²

²⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850, *passim*. Do mesmo autor, v., ainda, WINDSCHEID, Bernhard. *Die Voraussetzung. Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, 1892, *passim*.

²⁹ Assim relata MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro*, vol. 64, 2009, p. 190.

³⁰ Aqui cumpre destacar, em especial, a formulação da teoria da base subjetiva de Paul Oertmann (OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsprinzipien: ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Deichert, 1921, p. 25 e ss.) e a sistematização das bases objetivas e subjetiva de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Geschäftsprinzipien und Vertragserfüllung: die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*. München: C. H. Beck, 1951, *passim*).

³¹ Assim relatam TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: Teoria Geral*, cit., p. 137.

³² Precisamente por tais razões, sedimentou-se na doutrina nacional o entendimento pela impossibilidade de se reconhecerem *nulidades supervenientes*. Ao propósito, v., por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Invalidade e ineeficácia do negócio jurídico*. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, jul./2003, item 6; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 323. Para o desenvolvimento da análise, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 167 e ss.

Uma vez definido o programa contratual legítimo à luz do sistema, o princípio do equilíbrio contratual passa a atuar, então, para determinar a mais eficiente possível realização do programa originária e validamente entabulado. A operatividade do princípio em comento se pauta precisamente no objetivo de fazer com que a realidade das coisas (*in casu*, a execução contratual) reflita, tanto quanto possível, a equação global de interesses depreendida da análise funcional do contrato.

A partir de tal ordem de compreensão do princípio do equilíbrio contratual, assume relevância central a detida delimitação do programa contratual cuja observância é imposta pelo princípio em comento. Para tanto, não se pode perder de vista a necessária análise do programa contratual em toda a complexidade própria de cada equação jurídico-econômica concretamente estabelecida pelos contratantes. Essa complexidade se manifesta pela circunstância de a composição do programa contratual levar em consideração, para além do caráter comutativo ou aleatório da relação estabelecida entre polos prestacionais contrapostos (e não apenas entre as prestações principais a cargo de cada parte),³⁴ fatores como a específica medida de onerosidade ou gratuidade da avença e, no que mais diretamente importa ao presente estudo, a alocação de riscos legitimamente definida pelas partes.

3. A relevância da alocação consensual de riscos para a configuração do equilíbrio contratual: a dupla dimensão do equilíbrio nas relações securitárias

É consabido que as partes podem, no exercício da sua autonomia privada, valer-se do contrato para uma das suas finalidades mais caras – a alocação consensual de riscos.³⁵ Essa repartição de riscos não escapa, por certo, ao controle (originário) de legitimidade à luz dos parâmetros gerais do sistema incidentes por ocasião da aferição do merecimento de tutela do concreto exercício da autonomia privada.³⁶

³⁴ Ao propósito, v., por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts*, cit., p. 285.

³⁵ V., por todos, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 29.

³⁶ (...) o princípio do equilíbrio contratual tem por escopo preservar a equação econômica entre as prestações, estabelecida pela autonomia privada a partir dos mecanismos de alocação

Uma vez constatada a sua legitimidade, a alocação (positiva ou negativa) de riscos pelas partes passa a integrar o conteúdo do complexo programa contratual de interesses a ser promovido, tanto quanto possível, pelo princípio do equilíbrio contratual.³⁷ Desse modo, eventual materialização dos riscos assumidos por qualquer das partes não justifica a atuação intervintiva do julgador,³⁸ por se estar diante de circunstância superveniente efetivamente conforme ao equilíbrio entabulado pelos figurantes por ocasião da formação do vínculo contratual.³⁹ Em suma, os riscos assumidos pelas partes são *integrantes do equilíbrio contratualmente estabelecido em concreto*,⁴⁰ o que há de ser respeitado na generalidade das relações jurídicas (inclusive nas consumeristas, por exemplo), desde que preliminarmente aferida a legitimidade da concreta alocação de riscos.

As premissas expostas possibilitam a adequada exegese do art. 421-A, II, do Código Civil. Introduzido pela denominada Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), o referido dispositivo estabelece que *a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*. Por um lado, em cotejo com as considerações antecedentes,

de riscos. O respeito à repartição de riscos efetuada pelos contratantes, em uma palavra, preserva o equilíbrio contratual, desde que essa alocação de riscos observe os demais valores e princípios que integram o sistema jurídico – complexo e unitário (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174-175).

³⁷ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174-175.

³⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 459; GABRIELLI, Enrico. *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, cit., p. 55 e ss.

³⁹ Por outro lado, caso se venha a estar diante da materialização de risco não alocado pelas partes, justificar-se-á a incidência de remédios vocacionados à tutela do equilíbrio contratual, como adverte ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 467. Na mesma linha de sentido, dispõe o Enunciado n. 366 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tendo por referência o art. 478 do Código Civil: *O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação*.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: Teoria Geral*, cit., p. 140-141.

nota-se que o novel dispositivo consagra a benfazeja orientação de respeito à alocação consensual de riscos, a qual, como visto, integra a própria configuração do equilíbrio a ser promovido no curso da execução contratual. Por outro lado, cumpre advertir que não se pode vislumbrar na aludida previsão legal um salvo-conduto para a automática legitimidade de toda e qualquer disposição contratual ao mero argumento de se tratar de “alocação de riscos”; afinal, o juízo de merecimento de tutela incidirá em qualquer caso concreto, e, apenas se for reputada legítima a alocação de riscos, dever-se-á reconhecer que ela integra o programa contratual a ser preservado e promovido com base no princípio do equilíbrio contratual.

Tal ordem de compreensão da matéria é corroborada pela benfazeja orientação, cada vez mais disseminada na jurisprudência dos tribunais pátrios em matéria securitária, no sentido do reconhecimento de que a alocação de riscos integra a configuração do *equilíbrio* a ser respeitado pelos contratantes. Esse equilíbrio, a bem da verdade, apresenta uma dupla dimensão: o equilíbrio (*funcional*) do contrato individualmente celebrado entre seguradora e segurado se conjuga, de modo indissociável, com o equilíbrio (*atuarial-financeiro*) presente na inteira coletividade coberta.⁴¹ Presta-se, assim, necessária deferência ao mutualismo que pauta a operação de seguro.⁴²

⁴¹ *Nesse cenário, não há como dissociar o imperativo respeito ao mutualismo do sistema de planos privados de assistência médica da manutenção do equilíbrio económico do contrato individualmente celebrado entre a operadora e o contratante individual; o desequilíbrio económico do contrato individual impacta o equilíbrio da rede de contratos promovido pelo mutualismo* (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela agência nacional de saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 23, jan.-mar./2020, p. 183). Em sentido similar, v. BINENBOJM, Gustavo. O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo. *Consultor Jurídico*, 9/9/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-09/binenbojm-rol-procedimentos-ans-carater-taxativo#_ftn6. Acesso em 15/10/2021, às 12:00h.

⁴² *Como cediço, a operação de seguro funda-se no mutualismo, isto é, ela somente existe diante da possibilidade de realização de cálculos estatísticos e atuariais pelo segurador que lhe permitem pulverizar os riscos pela coletividade de segurados. Pode-se afirmar, portanto, que o seguro tem por principal característica transferir o risco de um indivíduo para um grupo e dividir perdas em uma base equitativa por todos os membros do grupo* (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.805.239/RS, 3^a T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 15/3/2021).

Em boa hora, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiteradamente destacado a importância do respeito ao equilíbrio (informado pela legítima alocação consensual de riscos) no equacionamento das lides securitárias. Julgados recentes das Turmas de Direito Privado do STJ ilustram o quanto exposto. Por exemplo, em controvérsia acerca da aplicabilidade dos índices de reajustes anuais da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a 3^a Turma do STJ concluiu que a apólice internacional *deve possuir fórmula de reajuste compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de âmbito mundial, sendo incompatíveis os índices de reajuste nacionais*.⁴³ Em outra hipótese, na qual se controvertia sobre a validade de cláusulas em contrato de seguro de vida em grupo, com garantia adicional por “Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente” (IPA), nas quais há delimitação dos riscos, com exclusão da cobertura em hipóteses restritas e predeterminadas de invalidez por acidente, a 4^a Turma do STJ asseverou ser *da própria natureza do contrato de seguro a prévia delimitação dos riscos cobertos a fim de que exista o equilíbrio atuarial entre o valor a ser pago pelo consumidor e a indenização securitária de responsabilidade da seguradora, na eventual ocorrência do sinistro*.⁴⁴

4. Conclusão

As precedentes considerações buscaram destacar alguns possíveis contributos para o aprimoramento das reflexões acerca do Direito dos Seguros a partir da identificação da íntima correlação existente entre a alocação consensual de riscos e a configuração do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. A profícua disseminação, na jurisprudência pátria, do respeito ao equilíbrio nas relações securitárias não impede (ao revés, aconselha) que se reitere a importância do respeito ao equilíbrio contratual para o adequado equacionamento dos novos desafios em matéria de seguros, de que constitui exemplo emblemático a controvérsia, pendente de apreciação pela Segunda Seção do STJ (REsp 1.886.929/SP e REsp 1.889.704/SP), acerca da natureza taxativa ou exemplificativa do rol de procedimentos mínimos em saúde da ANS. Espera-se, ao final do raciocínio, que o percurso trilhado possa auxiliar, ao menos, para a identificação de algumas reflexões a serem continuamente desenvolvidas pela comunidade nacional.

⁴³ STJ, REsp 1.850.781/SP, 3^a T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 28/9/2021. Grifou-se.

⁴⁴ STJ, REsp 1.358.159/SP, 4^a T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 8/6/2021. Grifou-se.

5. Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume VI, Tomo II (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 113-120, abr./1998.

BANDEIRA, Paula Greco. Contrato incompleto. São Paulo: Atlas, 2015,

BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. Rischio contrattuale e autonomia privata. Napoli: Jovene, 1982.

BINENBOJM, Gustavo. O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo. Consultor Jurídico, 9/9/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-09/binenbojm-rol-procedimentos-ans-caracter-taxativo#_ftn6. Acesso em 15/10/2021, às 12:00h.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“. Archiv für die civilistische Praxis, vol. 200, n. 3, 2000.

CARRESI, Recensione a SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. VI, p. 479-495, 1952.

COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilíbrio contrattuale. *Contratto e Impresa*, a. 3, n. 1, p. 423-435, 1987.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général. Tome I*. Paris: Arthur Rousseau, 1923.

EHRHARDT JR., Marcos. Revisão contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRI, Giovanni B. Dalla clausola ‘rebus sic stantibus’ alla risoluzione per eccessiva onerosità. *Quadrimestri: Rivista di Diritto Privato*, n 1, 1988.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. XI, 1957.

FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 247, 2021.

GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto. In: *Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1967.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, p. 217-236, abr.-jun./2012.

LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung ‚veränderter Umstände‘ im Zivilrecht*. München: C. H. Beck, 1951.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck, 1997.

LÜTTRINGHAUS, Jan D. Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt: die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

MAIELLO, Paola. [verbete] Artt. 1.467. In: CENDON, Paolo (direto da). *Commentario al Codice Civile*. Torino: UTET, 1991.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I* (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro, vol. 64, p. 183-191, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Tomo IV. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. Revista de Direito Privado, vol. 15, jul./2003.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Deichert, 1921.

OSTI, Giuseppe. Contratto. In: D'AMELIO, Mariano (a cura di). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. V. Torino: UTET, 1938.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 5, a. 2, p. 83-96, out.-dez./2015.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contributos do direito dos seguros para uma ressignificação da exceção de contrato não cumprido. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Coord.). *Temas atuais de direito dos seguros*. Tomo II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Civilistica.com*, a. 9, n. 3, p. 1-35, 2020.

SIMONE, Mario De. Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo. *Rivista di Diritto Privato*, vol. X, p. 34-86, 1940.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, p. 1-53, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. Soluções práticas de direito. Volume II. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil. Volume 3: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. *Consultor Jurídico*, 20/4/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em 21/10/2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela agência nacional de saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 23, jan.-mar./2020.

WAGNER, Gerhard. Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?. In: BLAUROCK, Uwe; HAGER, Günter (Orgs.). *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850.

_____. Die Voraussetzung. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, 1892.

WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 197.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.





PARECER

Impossibilidade de criação das Siss por ato infralegal

Gustavo Binenbojm¹

DIREITO REGULATÓRIO. OPEN INSURANCE. CRIAÇÃO DAS SOCIEDADES INICIADORAS DE SERVIÇOS DE SEGUROS (“SISS”). Impossibilidade de criação da SISS por intermédio de ato infralegal (Resolução CNSP nº 415/2021 e Circular SUSEP nº 635/2021). O Decreto-Lei nº 73/1966, recepcionado pela Constituição da República como Lei Complementar, definiu exaustivamente quais são os agentes privados que integram o Sistema Nacional de Seguros Privados (art. 8º). Eventuais inserções ou exclusões nesse rol devem ser implementadas por meio de lei. Após a alteração da redação do art. 192 da CRFB, aspectos específicos relacionados ao sistema financeiro nacional, tal como a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos do mercado securitário, não precisam estar necessariamente contidos em lei complementar. Tais matérias, contudo, não podem ser livremente tratadas em regulamentos administrativos, à revelia do princípio da legalidade - que abarca o subprincípio da preferência da lei. A lei tem preferência e implica, quando editada, o congelamento hierárquico da temática. Como decorrência da limitação do rol de agentes que integram o SNSP, o CNSP e a SUSEP não dispõem de competência para regular a constituição, o funcionamento e a atuação das SISS. Inobservância, por parte do CNSP e da SUSEP, do dever de motivação qualificada no âmbito do procedimento de criação da SISS. Dever de motivação qualificada violado em razão da ausência de realização de AIR ou de procedimento análogo apto a mapear impactos da implementação da SISS para o setor securitário, à luz do texto constitucional e das normas legais aplicáveis. Deficiência de motivação na tentativa de configurar

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Consultor.

hipótese prevista no art. 4º do Decreto nº 10.411/2020. Urgência e respaldo no *Open Banking* que não se sustentam. Impossibilidade de alegar que se trata de mera regulamentação da LGPD.

Problemas decorrentes da não realização de AIR ou de procedimento similar. Inexistência de análise dos eventuais problemas concorrentiais que podem ser causados em decorrência da criação da SISS, tais como reserva de mercado e criação artificial de demanda (art. 4º, I e VI, da Lei da Liberdade Econômica, respectivamente). Ausência de coordenação regulatória com a ANPD.

Sumário: I. Consulta; II. Características da *Sociedade Iniciadora de Serviço de Seguro* e seu papel no *Open Insurance*; III. Limites ao Poder Regulamentar. Impossibilidade da criação da figura da Siss por Ato Infralegal; IV. Inobservância do Dever de Motivação Qualificada no âmbito do procedimento de criação da Siss; V. Problemas decorrentes da não realização de Análise de Impacto Regulatório ou procedimento similar. Possíveis violações à competição e à Lei Geral de Proteção de Dados; VI. Conclusão.

I - CONSULTA

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO (“CNseg” ou “Consulente”) honra-me com consulta acerca da juridicidade da criação da denominada *Sociedade Iniciadora de Serviço de Seguro* (“SISS” ou “Sociedade Iniciadora”) por intermédio da Resolução nº 451, de 20 de julho de 2021, do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP (“Resolução CNSP nº 451/2021”), e da Circular nº 635, de 20 de julho de 2021, da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (“Circular SUSEP nº 635/2021”). A criação da referida entidade foi uma inovação promovida diretamente pelas entidades regulatórias do setor securitário brasileiro, para o fim específico de atuação no bojo do Sistema de Seguros Aberto (*Open Insurance*).

A Consulente narra que, diante do processo de implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)² por parte do Banco

² O modelo do *Open Banking* brasileiro teve por inspiração as normas adotadas pela Comunidade Europeia, notadamente a Diretiva UE nº 2015/2366 (Disponível em: <<https://bit.ly/3vLHUGI>>. Acesso em 25/10/2021) e o Regulamento Delegado EU nº 2019/411 (Disponível em: <<https://bit>

Central do Brasil (“BCB” ou “Banco Central”), a SUSEP decidiu adotar um modelo análogo³ no mercado securitário, pautado no “compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas”⁴. A intenção é ambiciosa. A ideia é que ao fim do processo de implantação do Sistema de Seguros Aberto se estabeleça uma relação de convergência com o que já vem sendo colocado em prática no âmbito das instituições reguladas pelo BCB. Com isso, seria possível consolidar um sistema mais amplo de *Open Finance*.⁵

Esse movimento da SUSEP foi deflagrado com a divulgação das Consultas Públicas nº 12⁶ e 13⁷, ambas de 2021, pelas quais foram submetidas ao escrutínio público as minutas das regulamentações que o Conselho e a Autarquia, respectivamente, pretendiam editar para dar início ao desenvolvimento e posterior implantação do *Open Insurance*.

ly/3Ci9vS5>. Acesso em 25/10/2021). Apesar de o *Open Banking* estar baseado em diretiva editada em 2015, ainda hoje, na Europa, a temática é objeto de permanente debate e aprofundamento (o que também se verifica no bojo do *Open Insurance*). Isso porque a sua implementação tem promovido mudanças estruturais no setor bancário europeu, que geram dificuldades de harmonização das regras preexistentes com as novas normas relativas ao Sistema Financeiro Aberto, bem como resistências por parte da população bancarizada.

³ Conforme veiculado pela SUSEP à época dos debates prévios à edição das normas relativas ao *Open Insurance*, com a experiência do que já vem sendo desenvolvido pelas instituições financeiras no *Open Banking*, pretende-se expandir o ecossistema amplo do *Open Finance*, incluindo o compartilhamento de dados e produtos relativos às operações de seguro, previdência complementar aberta e capitalização, através do *Open Insurance*, sempre levando em consideração o interesse do consumidor. Disponível em: <<https://bit.ly/3FHSNxP>>. Acesso em: 07/10/2021.

⁴ Cf. art. 2, I, da Res. CNSP nº 451/2021.

⁵ Prova desse processo de convergência entre o *Open Banking* e o *Open Insurance* é que já consta das normas relativas ao *Open Banking* que, em sua Fase 4, com data de início prevista para o dia 15 de dezembro de 2021, estão incluídos produtos de seguro, previdência complementar aberta e capitalização, nos termos da Circular BCB nº 4.015/2020, com redação alterada pela Resolução BCB nº 138/2021 (art. 3º, VII).

⁶ Na Consulta Pública nº 12/2021, debateu-se a minuta de Resolução do CNSP referente à “implementação do Sistema de Seguros Aberto - *Open Insurance*”.

⁷ Na Consulta Pública nº 13/2021, a SUSEP colheu contribuições relativas à minuta de Circular voltada a disciplinar a “estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação do Sistema de Seguros Aberto

A Consulente informa que apresentou uma série de considerações a respeito das minutas dos atos normativos, com destaque para a ausência de supedâneo legal apto a subsidiar a criação da SISS, nos termos propostos pelo CNSP e a serem esmiuçados pela SUSEP.⁸ A CNseg questionou, ainda, o fato de não ter sido realizada Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) com o objetivo de investigar a adequação da inserção de uma nova entidade privada em um mercado altamente complexo e regulado. No entanto, após o transcurso dos procedimentos e da análise das contribuições apresentadas por inúmeros agentes regulados, entidades representativas do setor e especialistas, ambas as normas em discussão foram divulgadas sem alterações relevantes em face das minutas iniciais.

Em agosto deste ano, então, entrou em vigor a Resolução CNSP nº 415/2021, que dispõe sobre a implementação do *Open Insurance* pelas sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar e sociedades de capitalização. De forma similar à Resolução Conjunta nº 01/2020 editada pelo Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e pelo BCB, o ato normativo traz as regras gerais pertinentes à implementação do sistema no âmbito securitário, tais como: (i) a indicação do escopo de dados e serviços que serão compartilhados (art. 5º); (ii) o rol de participantes obrigatórios e voluntários do sistema (arts. 6º e seguintes); (iii) as balizas mínimas para a realização de solicitações de dados pessoais de seguros e de serviço de iniciação de movimentação, que abarcam as operações de consentimento, autenticação e confirmação (arts. 9º e seguintes); (iv) a exigência de as sociedades participantes disponibilizarem interfaces dedicadas ao compartilhamento de dados e serviços a serem padronizadas conforme regulamentação da SUSEP (arts. 23 e 24); (v) regras sobre responsabilidade pelo compartilhamento de dados e serviços (arts. 30 e seguintes); dentre outras medidas.⁹

(*Open Insurance*)” e a estabelecer “os requisitos técnicos, procedimentos operacionais e o escopo mínimo de dados e serviços”.

⁸ Como explicitado pela CNseg naquela oportunidade, a sociedade iniciadora de serviço de seguro é um ente não regulado em lei e não previsto no rol do art. 8º do Decreto-Lei nº 73/1966 como ente integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados (Contribuição da CNseg à Consulta Pública nº 12/2021).

⁹ Esse ato normativo também formaliza os prazos de implementação do *Open Insurance*, nos seguintes termos:

A Circular SUSEP nº 635/2021, por seu turno, foi editada com o objetivo de regulamentar as diretrizes gerais estabelecidas pelo CNSP. Esse ato normativo apresenta uma série de orientações a serem adotadas pelas sociedades participantes do *Open Insurance* quanto à estrutura inicial que será responsável pela governança do sistema (art. 2º e ss. do Anexo I à Circular); os requisitos técnicos mínimos; procedimentos operacionais; além do escopo mínimo de dados e serviços para sua implementação.

Dentre as normas e diretrizes pertinentes ao *Open Insurance*, o CNSP e a SUSEP também previram a *Sociedade Iniciadora de Serviço de Seguro*, uma nova figura que terá papel relevante no modelo adotado e constitui objeto central do presente estudo. De acordo com a justificativa apresenta pela SUSEP, essa inovação também foi inspirada no *Open Banking*, mais especificamente, na figura do Iniciador de Transação de Pagamento (“ITP”).¹⁰

Segundo a Resolução CNSP nº 415/2021, trata-se de *sociedade anônima, credenciada pela Susep como participante do Open Insurance, que provê serviço de agregação de dados, painéis de informação e controle (dashboards) ou, como representante do cliente, com consentimento dado por ele, presta serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo*

Art. 48. Os seguintes prazos deverão ser observados para a implementação, em fases, do Open Insurance:

I - até 15 de dezembro de 2021, para o início do compartilhamento de dados sobre canais de atendimento e produtos de seguro, previdência complementar aberta e capitalização disponíveis para comercialização, podendo ser executada em fases, conforme cronograma estabelecido pela Susep, observada a data limite de 30 de junho de 2022 para finalização desta fase;

II - até 1º de setembro de 2022, para o início do compartilhamento de dados pessoais de seguros, podendo ser executado em fases, conforme cronograma estabelecidos pela Susep, observada a data máxima descrita no parágrafo único deste artigo; e

III - até 1º de dezembro de 2022, para início do compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação, podendo ser executada em fases, conforme cronograma estabelecidos pela Susep, observada a data máxima descrita no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A data final para implementação do compartilhamento de dados pessoais e de serviços previsto nos incisos II e III do caput não poderá ultrapassar 15 de junho de 2023.

¹⁰ Nos termos do art. 3º, IV, da Resolução BCB nº 80/2021, o ITP é *instituição de pagamento que presta serviço de iniciação de transação de pagamento, que não gerencia conta de pagamento e não detém em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço* (alíneas “a” e “b”).

cliente, à exceção de eventual remuneração pelo serviço, ou por ele recebidos (art. 2º, IX). As sociedades iniciadoras são participantes obrigatórias do *Open Insurance*¹¹ e devem se credenciar perante a SUSEP. Recentemente, inclusive, a Autarquia divulgou a abertura da Consulta Pública no 34/2021, que tem por objeto a minuta de regulamentação voltada a disciplinar as regras de funcionamento e de credenciamento da SISS (cf. art. 8º da Res. CNSP nº 415/2021).¹²

É diante desse cenário que a Consulente indaga acerca da juridicidade da criação da figura da SISS e da sua atuação no *Open Insurance*, nos moldes previstos nos atos normativos do CNSP e da SUSEP recentemente editados.

Para responder a esse questionamento, o parecer encontra-se estruturado em cinco capítulos, além desta introdução. O Capítulo II tratará brevemente das peculiaridades da SISS e da sua funcionalidade no bojo do Sistema de Seguros Abertos, nos termos regulamentados pelo CNSP e pela SUSEP.

Na sequência, o Capítulo III demonstrará a ilegalidade da criação dessa sociedade por intermédio da Resolução CNSP nº 451/2021 e da Circular SUSEP nº 635/2021. Será destacado que o rol de entidades aptas a integrar o Sistema Nacional de Seguros Privados (“SNSP”) foi proposital e exaustivamente delimitado pelo legislador, cujas determinações terão precedência hierárquica que não pode ser superada pelo regulamento. De um lado, o art. 8º do Decreto-Lei no 73/1966 estabelece, em tom taxativo, quais são os atores do setor, sejam eles públicos ou privados. Em tal lista, não consta a figura da SISS. Essa corporifica uma inovação indevida trazida pelo CNSP e pela SUSEP. De outro lado, do ponto de vista sistemático, as competências legais atribuídas pelo Decreto-Lei nº 73/1966 aos agentes reguladores do setor securitário são restritas ao grupo de entidades previsto em lei, não havendo espaço para criação ou fiscalização de novas entidades no âmbito infralegal. Aliás, o modelo adotado pelo CNSP e pela SUSEP destoa do próprio *Open Banking*, visto que o Banco Central não criou

¹¹ Art. 8º A Susep disciplinará os requisitos para o credenciamento e o funcionamento das sociedades iniciadoras de serviço de seguro, que são participantes, de forma obrigatória, do Open Insurance, devendo ser observada, entre outras, segurança cibernética, governança, inclusive sobre dados, práticas de conduta no que se refere ao relacionamento com o cliente e capacidade financeira (grifou- se).

¹² Disponível em: <<https://bit.ly/3BMgOBn>>. Acesso em: 07/10/2021.

qualquer figura nova para atuar no sistema como ITP, mas se valeu daquelas autorizadas expressamente em lei (a saber, das Instituições de Pagamento).

Por outro ângulo, no Capítulo IV, será destacado que os atos normativos do CNSP e da SUSEP também são nulos por violação ao dever de motivação qualificada aplicável à Administração Pública. É que, diante da clara cabia à SUSEP justificar de forma robusta e a partir de elementos empíricos a adequação e necessidade dessa medida, inclusive por intermédio da realização de uma Análise de Impacto Regulatório ou procedimento similar - o que não foi feito.

O Capítulo V indicará potenciais riscos que podem comprometer a higidez do mercado de seguros e do próprio *Open Insurance* e que são decorrência da não realização de AIR ou de procedimento similar, a saber: (i) restrição da concorrência (*e.g.*, pela criação de reserva de mercado e de criação de demanda artificial; cf. art. 4º, I e VI, da Lei da Liberdade Econômica); bem como (ii) de vazamento de dados pessoais dos clientes, o que impunha uma atuação concertada do CNSP, da SUSEP e da ANPD e uma análise concreta desse aspecto à luz da Lei Geral de Proteção de Dados.

O Capítulo VI retomará a indagação formulada pela Consulente, sumariando as respostas que decorrem dos itens anteriores.

Assim relatada a Consulta, passo à emissão do parecer.

II. CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE INICIADORA DE SERVIÇO DE SEGURO E SEU PAPEL NO OPEN INSURANCE

O objetivo central do *Open Insurance* é viabilizar que os clientes¹³ de serviços e produtos de seguros possam compartilhar livremente os seus dados pessoais (armazenados por empresas seguradoras com as quais possuem algum vínculo contratual) com outros agentes econômicos que operem no mercado de seguros. Há, ainda, a possibilidade de compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação - os

¹³ Nos termos da Resolução CNSP nº 451/2021, cliente é toda *pessoa natural ou jurídica interessada em adquirir produtos de seguro, de capitalização ou de previdência complementar aberta, bem como o proponente, o segurado, o garantido, o tomador, o beneficiário, o assistido, o titular ou subscritor de título de capitalização ou o participante de plano de previdência* (art. 2º, II).

quais se destinam à experiência do cliente, por ele ordenado, incluindo iniciação de procedimentos relacionados à contratação de seguro, de plano de previdência complementar aberta ou de título de capitalização, endosso, resgate ou portabilidade de plano de previdência ou de capitalização, pagamento de sorteio, aviso de sinistro, entre outros. (art. 2º, VIII, da Resolução CNSP nº 415/2021).

Para que o compartilhamento de dados ou de serviços seja possível, ambas as empresas nele envolvidas (referidas como “sociedades supervisionadas”, conforme a Circular da SUSEP) devem ser participantes do *Open Insurance*, de forma obrigatória ou voluntária. Na prática, cabe à *sociedade receptora de dados*,¹⁴ a pedido do cliente, solicitar o compartilhamento de dados e de serviço (ou uma “chamada de interface”, no jargão técnico)¹⁵ a uma determinada *sociedade transmissora de dados*,¹⁶ que tem, por sua vez, o dever de compartilhar as informações de que dispõe. A norma parte de uma premissa de reciprocidade: todas as sociedades participantes devem disponibilizar APIs (*Applications Programmings Interfaces*)¹⁷ e atender a chamadas de interface feitas pelas demais, observados os requisitos técnicos e limites estabelecidos pela SUSEP. O fluxo da solicitação de compartilhamento pressupõe o cumprimento das seguintes três etapas: (i) consentimento,¹⁸ (ii) autenticação¹⁹ e (iii) confirmação.²⁰

¹⁴ Trata-se de *sociedade supervisionada, participante do Open Insurance, ou sociedade iniciadora de serviço de seguro que apresenta solicitação de compartilhamento à sociedade transmissora para recepção dos dados de que trata esta Resolução* (art. 2º, V, da Resolução CNSP nº 415/2021).

¹⁵ Conforme estabelecido pelo CNSP, trata-se de *requisição de dados e de serviços apresentada pela sociedade receptora de dados à sociedade transmissora de dados* (art. 2º, X, da Resolução CNSP nº 415/2021).

¹⁶ Trata-se de *sociedade supervisionada, participante do Open Insurance, ou sociedade iniciadora de serviço de seguro que compartilha com a sociedade receptora os dados de que trata esta Resolução* (art. 2º, IV, da Resolução CNSP nº 415/2021).

¹⁷ API corresponde à *interface dedicada ao compartilhamento entre sociedades participantes de dados e serviços do escopo do Open Insurance* (art. 2º, II, da Circular SUSEP nº 635/2021).

¹⁸ Nos termos do art. 2º, VII, da Res. CNSP nº 415/2021, o consentimento é a *manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços, a ele relacionados, para finalidades determinadas*.

¹⁹ *A sociedade transmissora de dados deve adotar procedimentos e controles para autenticação: I - do cliente; e II - da sociedade receptora de dados (...)* (art. 17 da Resolução CNSP nº 415/2021).

²⁰ *A sociedade transmissora de dados deve solicitar confirmação de compartilhamento ao cliente. Parágrafo único. O procedimento de confirmação deve: I - ocorrer simultaneamente aos*

Um exemplo auxilia a compreender essa interação. Imagine-se que um cliente pretenda contratar um seguro de vida em uma Seguradora X. A partir do início da operação efetiva do *Open Insurance*, no curso da negociação, o cliente pode consentir previamente que a Seguradora X accesse os seus dados pessoais (e.g., dados cadastrais, ocorrência de sinistro, adimplemento do prêmio etc.) que se encontram armazenados na Seguradora Y com quem ele contratou outros serviços de seguros. Esse acesso se opera por intermédio de uma chamada de interface realizada pela sociedade receptora (no exemplo, a Seguradora X) para a sociedade transmissora (*in casu*, a Seguradora Y), cabendo a esta última adotar procedimentos e controles para autenticação do cliente e da sociedade receptora. De forma simultânea à autenticação, a sociedade transmissora deve solicitar a confirmação do compartilhamento ao cliente.

Como adiantado na Consulta, uma das inovações trazidas pela legislação setorial foi a previsão de um novo agente privado, constituído sob a forma de sociedade anônima, que participará desse sistema de forma obrigatória ao lado das sociedades seguradoras e demais entidades previstas em lei. Trata-se da denominada *Sociedade Iniciadora de Serviço de Seguro* (SISS), que deverá ter como objeto social exclusivo a prestação de serviço de iniciação de movimentação no *Open Insurance* (cf. art. 8º, §1º, I, da Resolução CNSP nº 415/2021) ou assumir a forma de uma Instituição Iniciadora de Transação de Pagamento - ITP, já autorizada a funcionar na forma da regulamentação do *Open Banking* (cf. art. 8º, §1º, II, da Resolução CNSP nº 415/2021).

Ademais, as sociedades iniciadoras poderão prestar *outros serviços ao cliente baseados nos dados compartilhados no Open Insurance desde que essas atividades guardem relação com o seu objeto social e sejam inerentes à consecução de seus objetivos* (art. 8º, §2º, da Resolução CNSP nº 415/2021). A propósito, a definição da SISS trazida pelo referido ato normativo já indica que ela pode prover *serviço de agregação de dados, painéis de informação e controle (dashboards)* ou, como representante do cliente, com consentimento dado por ele, presta[r] serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente, à exceção de eventual remuneração pelo serviço, ou por ele recebidos. (art. 2º, IX; grifou-se).

procedimentos para autenticação de que trata o art. 17; e II - assegurar ao cliente a possibilidade de discriminar o teor do compartilhamento, observado o escopo de dados e serviços e a faculdade de agrupamento de que tratam os arts. 5º e 12, bem como os dados ou serviços discriminados na etapa de consentimento (art. 21 da Resolução CNSP nº 415/2021).

Ou seja, dentro do modelo criado pelo CNSP e pela SUSEP, a SISS foi projetada para funcionar como uma agregadora de dados dos clientes. A ideia é que ela possa, *e.g.*, consolidar diversas informações dos clientes em uma só plataforma por intermédio de um *dashboard*. No exemplo destacado anteriormente, a SISS poderia concentrar, em sua plataforma *online*, os dados pessoais do cliente armazenados pelas Seguradoras X e Y. Além disso, ela exerteria a função de iniciação de movimentação de seguro, em que, mediante requisição do cliente, deflagraria procedimentos relativos à contratação de seguro, de plano de previdência complementar aberta ou de título de capitalização, dentre outros (cf. art. 2º, VIII Resolução CNSP nº 415/2021) - atividade equivalente à iniciação de transação de pagamento do *Open Banking*. Isto é, ao invés de iniciar a contratação do seguro diretamente com a Seguradora X, *e.g.*, o cliente passa a ter a opção de fazer a requisição inicial da contratação de um seguro dessa mesma seguradora diretamente pela plataforma da sociedade iniciadora. Nessa modelagem, o consentimento prévio *denotará a representação do cliente*, conforme art. 14 da Resolução CNSP nº 415/2021.

O que se observa, portanto, é que a SISS é mais que uma intermediária de um novo sistema de transações virtuais. Ela é um novo agente econômico (vale dizer, de novos negócios) que ocupará papel central no Sistema de Seguros Abertos²¹ e, mais especificamente, no âmbito da articulação de processos econômicos entre duas partes (leia-se, uma “*third party*”). Quanto a este ponto, inclusive, verifica-se que a implementação do *Open Insurance* deslocará funcionalidades que hoje pertencem a agentes econômicos há muito consolidados no mercado securitário brasileiro para as sociedades iniciadoras, o que certamente impactará aqueles atores.

Realmente, o Sistema de Seguros Aberto tem como elemento central o compartilhamento *online* de informações entre seguradoras, segurados e proponentes a segurados, todos em espaço competitivo, e intermediados por um novo agente econômico - a SISS. Em tal ambiente de trocas, as sociedades iniciadoras teriam o “mandato” dos segurados/proponentes e das seguradoras para sacarem/depositarem os recursos com vista a efetivar as transações pactuadas e autorizadas. Trata-se, pois, de papel da mais alta relevância, que exige dos reguladores cuidados redobrados quando da definição das normas

²¹ HUSSEINI, Fouad. *The Open Insurance Initiative*. Disponível em: <<https://bit.ly/3pABTeL>>. Acesso em: 25/10/2021, p. 18.

aplicáveis a tal figura - até mesmo para fins de avaliação, no âmbito do processo de produção de normas, se é prudente e juridicamente adequado conferir a tais agentes essas importantes e impactantes funções à luz da dinâmica do mercado em que serão inseridos, e o quanto recomendável é que a SISS se submeta a uma regulação no mínimo equivalente em escopo e profundidade àquela a que estão submetidos os agentes econômicos já existentes no mercado securitário brasileiro. A preocupação, aqui, deve ser evitar o risco de, no limite, desestruturar-se todo um segmento econômico.²²

Por fim, é importante mencionar que a SISS deve se credenciar perante a SUSEP para operar regularmente no *Open Insurance*. Para tanto, deve observar regras de segurança cibernética, governança, práticas de conduta no que se refere ao relacionamento com o cliente, além de requisitos mínimos de capacidade financeira (regras estas que se encontram em discussão na Consulta Pública nº 34/2021).²³

Em suma: tem-se a intenção de que surja novo player no mercado de seguros. Um ator relevante, cuja formatação foi criada por ato regulamentar. Daí as duas dúvidas centrais desse parecer: isso é possível em face do que prevê a Constituição e legislação em vigor? Ademais, mesmo que fosse lícita a referida criação por regulamento, qual o nível de motivação necessária? Os pontos serão aprofundados na sequência.

III. LIMITES AO PODER REGULAMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DA FIGURA DA SISS POR ATO INFRALEGAL

Sob um primeiro enfoque, verifica-se que a Resolução CNSP nº 415/2021 e a Circular SUSEP nº 635/2021 são ilegítimas porque carecem de supedâneo legal. Isso porque o Decreto-Lei nº 73/1966, recepcionado pela Constituição de 1988 como Lei Complementar, definiu prévia e taxativamente quais são os agentes privados que integram o Sistema Nacional de Seguros Privados (“SNSP”). Portanto,

²² O instrumento adequado para que avaliações desse tipo sejam realizadas no processo de elaboração normativa regulatória é a análise de impacto regulatório (ou procedimento congênere), capaz de viabilizar a tomada de uma decisão racional e informada, inclusive – e especialmente – quanto aos efeitos do modelo regulatório adotado. O tema será abordado adiante, de forma específica, no capítulo IV deste parecer.

²³ Disponível em: <<https://bit.ly/3iXqeCL>>. Acesso em: 13/10/2021.

eventuais inserções ou exclusões nesse rol devem ser implementadas por meio da edição de lei. Daí que o CNSP e a SUSEP não podem instituir um novo ator do SNSP. Isso é ratificado por um olhar sistemático sobre as atribuições legais do Conselho e da Autarquia, que não detêm poderes para fiscalizar ou sancionar agentes privados que não estejam abarcados pelo rol legal. Explica-se.

No plano normativo, o Decreto-Lei nº 73, de 1966, figura como referência central para a regulação do setor securitário brasileiro.²⁴ Tanto assim que o seu art. 1º *aduz que todas as operações de seguros privados realizados no País ficarão subordinadas às disposições do presente Decreto-lei.* Com a promulgação da Constituição de 1988, o referido diploma foi recepcionado como lei complementar.²⁵

Veja-se que, originalmente, o art. 192, II, do texto constitucional dispunha que *[o] sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...)* ***II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador (...)*** (grifou-se). Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que lhe suprimiu os incisos e parágrafos. A redação atual do artigo é a seguinte:

*Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (grifou-se)*

²⁴ O Código Civil de 2002 (cf. arts. 757 e ss.) também é considerado, atualmente, como outro marco legal relevante para o setor securitário. Conforme Marcelo Bittencourt, *a legislação básica que rege o contrato de seguros privados é composta pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que foi recepcionado pelo Artigo 192, II, da Constituição Federal com natureza de lei complementar federal e pelos artigos 757 ao artigo 802 do Novo Código Civil Brasileiro, que possui um capítulo sobre o contrato de seguros.* (BITTENCOURT, Marcelo. Manual de Seguros Privados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16).

²⁵ Nesse sentido, ver: STF, MC na ADI nº 2.223, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 10.10.2002, DJe. 05.12.2003.

²⁶ A Emenda Constitucional nº 13/1996 inseriu como estabelecimento o “resseguro”.

O constituinte, portanto, manteve a determinação geral de que o sistema financeiro nacional (que abarca o setor securitário em sentido amplo)²⁷ seja regulado por leis complementares, o que já denota a relevância e a sensibilidade da matéria.

De outro lado - e esse é o aspecto relevante para os fins da presente consulta -, o fato de a EC nº 40/2003 ter suprimido o rol temático dos incisos que perfaziam a redação original do art. 192 não significa que tais matérias - como a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização - possam ser disciplinadas por ato infralegal.

Com efeito, após a alteração da redação do art. 192, o que se pode afirmar é que, diferentemente do que ocorria na vigência da redação anterior, aspectos específicos relacionados ao sistema financeiro nacional, tal como a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, não precisam estar necessariamente contidos em lei complementar. Mas isso não significa dizer que tais matérias possam ser livremente tratadas em regulamentos administrativos, à revelia da ampla competência legiferante do Congresso Nacional²⁸ e do princípio da legalidade - que abarca, como uma de suas facetas, o subprincípio da preferência da lei.

²⁷ Nos termos do § 1º do art. 18 da Lei nº 4.595/1964: *Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras (g.n.).*

²⁸ 27 A Exposição de Motivos da EC nº 40/2003 indica que o objetivo da alteração foi desconstitucionalizar os temas indicados nos incisos da redação original, a fim de permitir um fracionamento do processo legislativo sobre temas do sistema financeiro, para evitar as consequências negativas de se ter uma única norma desatualizada regendo todo o mercado. O que se buscou, portanto, foi ampliar a competência do Poder Legislativo, e não a reduzir. Segundo parecer da lavra do Senador da República Jefferson Péres, relator da PEC nº 27/1997 no Senado Federal (que passou a tramitar como EC nº 53 na Câmara dos Deputados), o objetivo da alteração na redação original do art. 192 da CRFB/88 foi fundamentalmente permitir que se possa viabilizar a regulamentação infraconstitucional do Sistema Financeiro Nacional, notadamente

No Estado Democrático de Direito, o parlamento não só detém amplos poderes para o exercício de sua atividade-fim, como a disciplina por ele editada deve ser respeitada por parte da Administração Pública. A lei tem preferência e implica, quando editada, o congelamento hierárquico da temática.²⁹ Assim, ainda que atualmente se reconheça que as entidades administrativas reguladoras dispõem de competência normativa mais ampla, esses atos normativos infralegais, como regra, não podem contradizer a disciplina legal nas hipóteses em que o legislador houve por bem antecipar certas decisões estratégicas para os setores regulados e atribuir-lhes nível legislativo. O administrador público, quer em sua atuação regulamentar, quer para a edição de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei - a qual terá preeminência em face de qualquer ato que lhe for contrário. Daí por que, de forma simples, atos contrários à disposição legal serão inválidos.³⁰

permitir que o Sistema Financeiro Nacional seja regulado por leis complementares e não por lei complementar única, que, consoante entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, o regularia como um todo (Disponível em: <<https://bit.ly/3pepvkr>>. Acesso em 17/10/2021). De sua vez, o parecer da Comissão Especial destinada a analisar EC nº 53/1999 na Câmara dos Deputados, da lavra do Deputado Federal Rubem Medina, relator do projeto de emenda, sustentou que *[a] simplificação do texto do art. 192, mediante a revogação dos incisos e parágrafos, e a disposição explícita de que a regulamentação poderá ser feita em leis complementares vêm operar no sentido da facilitação da tarefa de regulamentar, por quanto a partir de então a regulamentação poderá ser realizada de forma fracionada, no conteúdo e no tempo, podendo abordar separadamente a disciplina dos diversos mercados que compõem o sistema financeiro (...) a permanência de uma legislação desatualizada disciplinando mercados que se modificaram radicalmente na última década, pela criação de novos produtos e pela utilização intensiva dos recursos tecnológicos das comunicações e da informática, a ponto de atingirem alcance global, não pode ser defendida como política de boa administração financeira* (Disponível em: <<https://bit.ly/2Z3iKXq>>. Acesso em 17/10/2021).

²⁹ A noção de *congelamento do grau hierárquico* implica, de forma simples, que, regulada uma determinada matéria por lei, o grau hierárquico do tema fica, em princípio, congelado. Logo, só uma lei poderá posteriormente intervir nesse âmbito material (v. CYRINO, André. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 81); V., ainda, ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7^a ed., Madrid: Civitas, 1995, p. 243; e com CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2^a ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 288.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3^a ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 154. V., ainda, CORREIA, José Manuel Sérvalo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 19; BARROSO, Luís Roberto, *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 1^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169.

É a partir de tal óptica que se conclui que, no setor de seguros, a matéria relativa às entidades que comporão o sistema securitário brasileiro não pode ser disciplinada, de forma inovadora, em sede regulamentar. O tratamento dispensado a essa temática consta expressamente da lei (e é irrelevante, para os fins do parecer, se o *status* seria de lei complementar ou lei ordinária). Especificamente, o art. 8º do Decreto-Lei nº 73/1966 estabelece de forma expressa e detalhada quais são os agentes que compõem o SNSP, nos seguintes termos:

Art. 8º Fica instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído:

- a) do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP;*
- b) da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP;*
- c) do Instituto de Resseguros ao Brasil - IRB;*
- c) dos resseguradores; (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007)*
- d) das Sociedades autorizadas a operar em seguros privados;*
- e) dos corretores habilitados. (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019) (Revogado pela Medida Provisória nº 955, de 2020)*
- e) dos corretores habilitados.*

Note-se que o dispositivo enumera em tom exaustivo quais os atores do setor. De fato, o legislador não se limitou a tratar das entidades e órgãos que integram a estrutura administrativa responsável por regular o setor securitário. Ele listou quais são as *entidades privadas* que fazem parte desse sistema, destacando-se, nesse segmento, as resseguradoras, as sociedades autorizadas a operar seguros privados e os corretores habilitados. Essa lista evidencia exatamente uma decisão prévia e consciente do legislador que, em consonância com a disciplina abrangente do art. 192 da Constituição, definiu quais são os atores que atuam e operam no SNSP.

Por evidente, não se quer afirmar que o rol das entidades que atuam e podem operar nesse mercado seja imutável. Como se infere do próprio dispositivo transscrito acima, já houve inclusões e exclusões de participantes do SNSP. Sem embargo, tais alterações foram em todos os casos promovidas por lei. Foi o que sucedeu com a exclusão do Instituto de Resseguradores ao Brasil - IRB e com a consequente inserção dos resseguradores em seu local - alterações promovidas pela Lei Complementar nº 126/2007. Vale citar também as entidades abertas de previdência complementar, previstas na Lei Complementar nº 109/2001, que foram submetidas, provisoriamente, à regulação da SUSEP e do CNSP.³¹

³¹ Vejam-se os dispositivos legais nesse sentido:

Art. 73. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.

Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência

Ou seja, é inquestionável que a regulação dos agentes, órgãos e entidades que compõem o SNSP consta da lei e possui *status* legal, o qual prefere ao *status* regulamentar. Por conseguinte, normas infralegais não podem simplesmente superar essa disciplina para criar novo agente integrante desse Sistema. Quanto a esse aspecto, o legislador se valeu de sua ampla competência e discricionariedade para definir quais são os atores que integram o Sistema, não havendo espaço para alterações infralegais promovidas pelo regulador. A preferência, como dito, é da lei. Sucedeu que tal exigência, como já destacado, foi ignorada pelo CNSP e pela SUSEP, que editaram normas que criam e regulamentam, de modo inovador, a SISS. Portanto, sem amparo legal.

A própria SUSEP reconheceu que a SISS é uma entidade nova, que não se confunde com as demais atuantes do mercado e sujeitas à sua fiscalização. Tanto assim que a Exposição de Motivos da Consulta Pública nº 34/2021 (que tem por objeto minuta de resolução voltada a regulamentar o funcionamento e o credenciamento da sociedade iniciadora) afirma, por exemplo, que *as SISS não se confundem com os atores já existentes sob a supervisão da Susep. Ao contrário, funcionarão como elemento adicional a contribuir para a expansão e ganho de eficiência do mercado, na medida em que agregarão dados que poderão ser usados para o desenvolvimento de novos produtos* (grifou-se). Em outra oportunidade, ao responder ao Ofício PRESI - 019/2021 enviado pela Consulente, a Autarquia registrou que *as sociedades iniciadoras de serviço de seguro - SISS não substituem qualquer outro ator do mercado de seguros, previdência complementar ou capitalização, incluindo as sociedades seguradoras, afinal não estarão autorizadas a subscrever/reter qualquer tipo de risco de seguro.*³²

É oportuno registrar que o modelo adotado no *Open Banking*, inspiração do *Open Insurance*, não incorre no mesmo problema. Como adiantado na Introdução, a sociedade iniciadora foi inspirada na Iniciadora de Transação de Pagamento, regulamentada pela Resolução nº 80/2021, do Banco Central. No entanto, diferentemente do que se fez no *Open Insurance*, o Banco Central não promoveu a criação de uma nova figura no âmbito do sistema de pagamentos.

e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.

³² Cf. Ofício Eletrônico nº 80/2021/SUSEP, de 7 de outubro de 2020. Grifou-se.

Em verdade, o que se observa das normas pertinentes é que, para a realização de iniciação de transação de pagamento, a empresa interessada deve requerer autorização para funcionar como uma *Instituição de Pagamento* (“IP”) - figura que foi incorporada ao Sistema de Pagamentos Brasileiro (“SPB”) por expressa previsão legal (cf. art. 6º da Lei no 12.865/2013)³³. A propósito, a Resolução nº 80/2021 do BCB - que disciplina a constituição e funcionamento das IPs (art. 1º) - prevê que uma das classificações possíveis das IPs é exatamente a de iniciadora de transação de pagamento (cf. art. 3º, IV), além de emissora de moeda eletrônica, emissora de instrumento de pagamento pós-pago e credenciadora (cf. art. 3º, incisos I a III, respectivamente).³⁴ Enquanto isso, no *Open Insurance*, a instituição da SISS foi implementada diretamente pelas autoridades regulatórias, via normas regulamentares, sem qualquer supedâneo legal. Tal cenário prejudica qualquer tentativa de se tratar as duas figuras como se fossem análogas, quando claramente não são (o que já se manifesta logo na via normativa de sua implementação).

³³ Art. 6º *Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se: (...) III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente: (...).*

³⁴ Art. 3º *As instituições de pagamento são classificadas nas seguintes modalidades, de acordo com os serviços de pagamento prestados:*

I - emissor de moeda eletrônica: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final, do tipo pré-paga, disponibiliza transação de pagamento que envolva o ato de pagar ou transferir, com base em moeda eletrônica previamente aportada nessa conta, converte tais recursos em moeda física ou escritural, ou vice-versa, podendo habilitar a aceitação da moeda eletrônica com a liquidação em conta de pagamento por ela gerenciada;
II - emissor de instrumento de pagamento pós-pago: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final pagador, do tipo pós-paga, e disponibiliza transação de pagamento com base nessa conta;

III - credenciador: instituição de pagamento que, sem gerenciar conta de pagamento:

a) habilita recebedores para a aceitação de instrumento de pagamento emitido por instituição de pagamento ou por instituição financeira participante de um mesmo arranjo de pagamento; e

b) participa do processo de liquidação das transações de pagamento como credor perante o emissor, de acordo com as regras do arranjo de pagamento; e

IV - iniciador de transação de pagamento: instituição de pagamento que presta serviço de iniciação de transação de pagamento:

a) sem gerenciar conta de pagamento; e

b) sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço.

Veja-se, aliás, que o Banco Central se limitou a regulamentar aspectos relacionados à constituição e ao funcionamento das ITPs. Tal atribuição decorre diretamente da Lei nº 12.865/2013, segundo a qual compete ao BCB, conforme diretrizes estabelecidas pelo CMN, dentre outras: *II - disciplinar a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições de pagamento, bem como a descontinuidade na prestação de seus serviços; III - limitar o objeto social de instituições de pagamento; (...) V - autorizar constituição, funcionamento, transferência de controle, fusão, cisão e incorporação de Instituição de Pagamento, inclusive quando envolver participação de pessoa física ou jurídica não residente; (...) VIII - supervisionar as instituições de pagamento e aplicar as sanções cabíveis; (...).* (art. 9º; grifou-se).

Já no setor securitário, ao contrário, o que se percebe é que, até como decorrência da limitação do rol de agentes que integram o SNSP, o CNSP e a SUSEP não dispõem de competência para regular a constituição, o funcionamento e a atuação das SISS.

Um argumento sistemático reforça o ponto. Com efeito, ao delinear as competências privativas do CNSP, o Decreto-Lei no 73/1966 dispõe que compete ao órgão *regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas* (art. 32, II). Ou seja, o dispositivo legal é bastante claro no sentido de que a competência regulatória do CNSP para disciplinar aspectos de constituição, organização, funcionamento e fiscalização restringe-se àquelas entidades que estão expressamente subordinadas aos termos do próprio DL - o que remete, a partir de uma leitura sistemática, ao rol do art. 8º.

Mais do que isso, a lei enumera uma série de competências do CNSP relacionadas exclusivamente às entidades listadas no mencionado rol, tais como: *III - Estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; (...) V - Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; VI - delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores; (...) XI - Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro; XII - Disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor; (...).* (art. 32; grifou- se).

A mesma lógica se aplica para as atribuições cometidas à SUSEP. Conforme se extrai do art. 36 do Decreto-Lei nº 73/1966:³⁵

³⁵ Pode-se conceituar seguradora como *a empresa cujo objeto é a celebração de seguros. No Brasil, as seguradoras são organizadas sob a forma de sociedades anônimas, sendo permitido também que o façam sob a forma de cooperativas exclusivamente*

*Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das **Sociedades Seguradoras**:*

*a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das **Sociedades Seguradoras**, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;*

(...)

*d) aprovar os limites de operações das **Sociedades Seguradoras**, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;*

*h) fiscalizar as operações das **Sociedades Seguradoras**, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;*

*i) proceder à liquidação das **Sociedades Seguradoras** que tiverem cassada a autorização para funcionar no País; (...).* (grifou-se)

Percebe-se, pois, que a lei foi expressa e até redundante ao delimitar as competências do CNSP e da SUSEP no que concerne ao rol de *entidades privadas* que integram o Sistema Nacional de Seguros Privados e estão submetidas às suas respectivas atividades regulatórias. Evidentemente, a edição de quaisquer normas infralegais por essas entidades não pode ignorar essas balizas legais.

Até porque, mais uma vez sob a ótica da legalidade, tem-se que atos administrativos (normativos ou não) são, sempre, manifestações públicas vinculadas a balizas jurídico-regulatórias prévias, necessariamente pautadas pelas leis e pela Constituição.³⁶ Essa vinculação, que pode se dar em graus, adquire intensidade máxima quando o administrador estiver diante de regras jurídicas claras.³⁷

destinadas a atuar com seguros agrícolas ou de saúde (SOUZA, Antonio Lober Ferreira de. *Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros*. 3 ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p. 195).

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 215.

³⁷ *Numa escala decrescente de vinculação, parte-se dos atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), que exibem o mais alto grau de vinculação à juridicidade. (...). Descendo um grau na escala de vinculação da Administração, surgem os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares) (...). No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os atos vinculados*

Nesses casos, ao contrário do que ocorre na aplicação de princípios, o raciocínio apropriado é o de subsunção, o qual determina a observância dos comandos descritos no texto normativo sempre que verificada a hipótese de incidência da regra.

Dentro de uma escala de graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, pode-se afirmar que a hipótese em comento envolve um *ato vinculado por regras (in casu, por regras legais)*, que exibe o mais alto grau de vinculação.³⁸ *In casu*, o Decreto-Lei nº 73/1966 é bastante claro não só em delimitar o rol de entidades que integram o SNSP, mas também na definição de quais são as competências atribuídas à SUSEP e ao CNSP no que tange à regulação do setor. Não se nega que esses agentes possuem competência ampla, mas a definição de quem são os agentes regulados foi definida de forma expressa pelo legislador, não havendo espaço para atividade criativa nesse aspecto.

Por fim, vale pontuar que o sistema de credenciamento perquirido pela SUSEP como forma de submeter as sociedades iniciadoras à sua regulação não é apto a afastar a ilegalidade das normas analisadas. Trata-se, em verdade, de um reconhecimento de que os entes reguladores não possuem atribuição legal para fiscalizar a operação e funcionamento dessas entidades, configurando uma burla à disciplina legal. Também por isso, não há como superar a antijuridicidade vislumbrada na hipótese.

IV. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO QUALIFICADA NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO DE CRIAÇÃO DA SISS

Além da ilegalidade exposta acima, as autoridades reguladoras violaram os seus deveres de motivar qualificadamente os atos normativos na parte em que instituíram a criação da SISS. Essa falta de motivação implica a nulidade da regulação, mormente diante dos extensos e profundos impactos vislumbrados para todo o mercado securitário em decorrência da implementação do *Open Insurance* e, especialmente, da criação da SISS.

diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de atos discricionários (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 243 e ss.; grifou-se).

³⁸ Sobre a teoria dos graus de vinculação à juridicidade, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 207 e seguintes.

O dever de motivação é ínsito ao Estado Republicano e Democrático de Direito (art. 1º da CRFB) e decorre dos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da publicidade administrativa, estando expresso no art. 93, X, CRFB.³⁹ No plano legal, as Leis nº 4.717/65 e nº 9.784/99 reforçam esse dever de modo categórico, aludindo à necessidade de motivação “*explícita, clara e congruente*” (cf. art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999), sob pena de nulidade do ato, o que é ratificado pela jurisprudência e entendido como obrigação de motivar suficiente e adequadamente os atos administrativos.⁴⁰⁻⁴¹

Nessa mesma direção, a LINDB, com os dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018, impõe a verificação das consequências e impactos das decisões administrativas, a fim de analisar “*a necessidade e a adequação*” da medida, “*inclusive em face das possíveis alternativas*” (art. 20, parágrafo único). Além disso, é dever das autoridades públicas avaliar as consequências de seus atos que, se causadores de prejuízos, ensejam o direito a compensações (cf. arts. 20, *caput* e parágrafo único, e 27 da LINDB).⁴² Isso abarca impactos e custos injustificáveis causados por medidas precipitadas e a deflagração irrefletida de processos administrativos, independentemente dos seus resultados (o que também se constata no âmbito dos processos de elaboração normativa).

³⁹ Art. 93 (...). X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Anote-se que, quanto o dispositivo seja dirigido ao Poder Judiciário, a doutrina entende que ele se estende à toda Administração Pública. Nesse sentido, por todos, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 101.

⁴⁰ Por todos, confirmaram-se: STJ, MS nº 9.944/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/06/2005; e STJ, MS nº 18.504/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 02/04/2014.

⁴¹ Na doutrina, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 381-382.

⁴² *In verbis: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da ininvalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.* (grifou-se).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos (grifou-se).

Por sua vez, a Lei da Liberdade Econômica (“Lei nº 13.874/2019” ou “LLE”) estabelece uma série de parâmetros que devem ser observados pela Administração Pública no momento da edição de suas normas a fim de que se evite o abuso do poder regulatório e todos os impactos negativos que podem ser gerados a partir disso (cf. art. 4º da Lei nº 13.874/2019). Dentre eles, considerando o escopo deste estudo, destacam-se a vedação à criação de *reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes* (art. 4º, I da LLE) e a proibição da geração de *demandas artificiais ou compulsórias de produto, serviço ou atividade profissional* (art. 4º, VI da LLE). Além de nortearem o devido processo regulatório, as referidas previsões acabam por impactar o dever de fundamentação do órgão regulador que deve, em alguma medida, demonstrar que as suas normas não são capazes de produzir, na prática, nenhuma das consequências vedadas pela LLE.

O ponto é que, à luz do texto constitucional e das disposições legais explicitadas acima, está claro que existe um dever de motivação qualificada dirigido à Administração Pública, que deve orientar a atuação das autoridades regulatórias inclusive (e notadamente) durante os processos de elaboração normativa. Assim, para o cumprimento apropriado desse dever legal, o órgão regulador está obrigado a motivar suas escolhas e se debruçar sobre as consequências que determinada norma produzirá no setor regulado, justificando adequadamente a sua decisão por certa medida regulatória. Isso inclui o prognóstico dos efeitos que a introdução de um novo ator em mercado altamente regulado (*in casu*, ao SNSP) produzirá, quer sobre o funcionamento em geral desse mercado, quer na sua interação com outros agentes que dele façam parte.

Em tal contexto, a Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) se consagrou como uma das principais formas de se atender ao dever procedural de motivação racional da atividade regulatória. Não à toa foi incorporada como obrigatória pelo art. 6º da Lei nº 13.848/219 (Lei das Agências)⁴³ e pelo art. 5º da Lei da Liberdade Econômica.⁴⁴

⁴³ Art. 6º *A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.*

⁴⁴ Art. 5º *As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da*

Mais recentemente, a AIR ganhou base normativa com maiores detalhamentos, por meio da edição do Decreto nº 10.411/2020, que esmiuçou as diversas hipóteses da sua obrigatoriedade.⁴⁵

Como amplamente difundido, a AIR é um *roteiro organizado do percurso de justificação de decisões de agentes públicos*.⁴⁶ Trata-se de processo sistemático de investigação baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar a tomada de decisão.⁴⁷ Após a coleta de informações que subsidiarão o processo decisório da Administração Pública, caberá ao agente regulador sopesar custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados. Em síntese: a AIR tem o propósito de avaliar os efeitos sistêmicos⁴⁸ das medidas regulatórias,⁴⁹ em uma análise de diagnósticos e

exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

⁴⁵ O art. 24, II, do Decreto nº 10.411/2020 dispõe que as suas previsões passaram a produzir efeitos para órgãos e entidades da Administração Pública, tais como a CNSP e a SUSEP, apenas a partir do dia 14 de outubro de 2021. No entanto, como se verá, isso não afasta o dever de se adotar no caso AIR ou, ao menos, um procedimento de justificação similar.

⁴⁶ LEAL, Fernando. *Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?* In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3 p.3, 2019, p. 316.

⁴⁷ Definição conforme as Diretrizes Gerais para AIR elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

⁴⁸ V. CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 281.

⁴⁹ Conforme já defendido [a] *análise dos efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões por legisladores, administradores e juízes deve pautar qualquer interferência do poder de polícia sobre a liberdade e a propriedade, de modo a assegurar a fidedignidade entre os objetivos pretendidos, a interpretação adotada e os resultados produzidos* (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66).

prognósticos.⁵⁰ Arquitetam-se soluções, antecipam-se problemas e criam-se ferramentas mais eficazes.

A AIR, nessa toada, é antídoto para as chamadas *fallas de regulação*, assim entendidas como medidas regulatórias inaptas a promover os fins determinados pelo ordenamento jurídico, as quais acabam por gerar efeitos indesejados ou mesmo contraproducentes para a sociedade. Segundo Cass Sunstein, as falhas de regulação podem decorrer de defeitos no desenho da medida regulatória (*fallas de concepção*) ou na sua implementação (*fallas de implementação*).⁵¹ A AIR, por certo, é grande aliada para que se evitem falhas de concepção e ferramenta para a prevenção de danos aos agentes econômicos de determinado setor.

Voltando-se os olhos ao objeto do parecer, o que se verifica é que o procedimento regulatório adotado pelo CNSP e pela SUSEP não contemplou a devida fundamentação das medidas adotadas em seus atos normativos. Não só se deixou de realizar a Análise de Impacto das medidas propostas, como nenhum outro procedimento similar foi levado a cabo, com vistas a atender o dever de motivação qualificada extraído da Constituição da República e da legislação. A preocupação em demonstrar a adequação e correção das medidas adotadas sequer esteve presente na criação da SISS, que, como visto, se apresenta como uma inovação tanto sob a óptica do setor securitário em si, como também a partir de um exame comparativo entre a estrutura desenhada para o *Open Insurance* e para o *Open Banking*, inspiração do modelo adotado pelo CNSP e pela SUSEP.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. In: Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional. São Paulo: Celso Bastos. V., ainda, BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1018.

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 74/84. Ainda sobre o assunto, v. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 196.

Aliás, a SISS não encontra correspondente idêntico no sistema criado pelo BCB não apenas em razão da inexistência de previsão legal, mencionada acima, mas de outros importantes elementos diferenciadores entre as duas figuras. É que as Iniciadoras de Transação de Pagamentos se limitam a prestar serviço de iniciação de transação de pagamento, sem gerenciar conta de pagamento e sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço (cf. art. 3º, IV, Resolução BCB nº 80/2021). Não há, todavia, previsão de que as ITPs possam efetuar agregação de dados e serviços similares. A norma, inclusive, veda que as ITPs (i) armazenem o conjunto de dados relacionados com as credenciais dos usuários finais suficiente para autenticar a transação de pagamento perante a instituição detentora da conta; (ii) exijam do usuário final quaisquer outros dados além dos necessários para prestar o serviço de iniciação da transação de pagamento; e (iii) utilizem, armazenem ou acessem os dados para outra finalidade que não seja a prestação do serviço de iniciação de transação de pagamento expressamente solicitado pelo usuário final (cf. art. 4º, incisos I a III, respectivamente, da Resolução BCB nº 80/2021).

E mais: ainda que, nos termos do art. 24, II, do Decreto nº 10.411/2020,⁵² à época da edição das normas, o CNSP e a SUSEP não estivessem sujeitos à obrigatoriedade da realização da AIR, as relevantes transformações e os potenciais impactos decorrentes da implementação do *Open Insurance* (e da criação da SISS) em todo o setor securitário,⁵³ associados às normas constitucionais e legais que estabelecem o dever de motivação qualificada quanto à edição de atos normativos por parte dos reguladores, impunham que, ao menos, fosse realizado um procedimento análogo à AIR, apto a mapear impactos e permitir sua discussão. E a necessidade de realização prévia de AIR - ou de procedimento análogo - se mostrava ainda mais premente,

⁵² Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos em: (...) II - 14 de outubro de 2021, para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

⁵³ Conforme se extrai da Exposição de Motivos da Resolução CNSP nº 445/2021, a implementação do Sistema de Seguros Abertos gerará grandes transformações no mercado securitário brasileiro, sendo a criação de um novo agente neste setor – i.e. as sociedades iniciadoras de seguro – uma das alterações mais relevantes, que atrai a necessidade de ampla fundamentação técnica dos atos normativos atrelados à medida.

in casu, diante da complexidade ínsita à estruturação do mercado securitário nacional.⁵⁴

É curioso notar que, ao contrário de se desincumbir desse ônus, a SUSEP se valeu do Decreto nº 10.411/2020 justamente para afastar a necessidade de AIR no caso. Ao responder aos questionamentos formulados pela Consulente e por outros participantes no curso das Consultas Públicas SUSEP nº 12 e 13/2021,⁵⁵ a Superintendência, por meio do Parecer Eletrônico nº 1/2021/DIR4/SUSEP, consignou que:

⁵⁴ O setor de seguros é um segmento da economia altamente regulado e complexo, características que acabam por exigir cautela – do legislador e do regulador – no momento da realização de quaisquer alterações normativo-institucionais. Nessa linha, um contrato de seguro está submetido (i) às normas do Decreto-Lei nº 73/1966, (ii) ao Código Civil, (iii) bem como aos regulamentos e políticas do Sistema Nacional de Seguros Privados, além de (iv) ser regido por normas consumeristas (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/1990). Para além da intensa regulação, a própria estruturação de um contrato de seguro não é simples, pois abarca, além dos elementos subjetivos (segurador e segurado), os seguintes elementos objetivos: (a) o pagamento de um prêmio – a importância devida pelo segurado, em valor menor do que a indenização eventualmente cabível –, (b) o oferecimento, pelo segurador, de uma garantia na eventualidade de ocorrência de um sinistro, e (c) a existência de um risco estimado, precificado e transferido pelo segurado ao segurador. Como é possível perceber, trata-se de um mercado que, por sua natureza, pode ser tido como altamente reativo e a introdução de novo agente no SNSP depende de um olhar parcimonioso tendo em vista que podem ser gerados efeitos catastróficos em todo o setor securitário.

⁵⁵ Na manifestação apresentada pela Consulente nas Consultas Públicas nº 12/2021 e 13/2021, a CNseg apontou que a implementação do *Open Insurance* apresentava *um problema formal no que se refere ao procedimento adotado para a edição dos atos normativos (...): a ausência de prévia Análise de Impacto Regulatório (“AIR”), que deve ter lugar antes da submissão das normas à consulta pública*. Destacou ainda que *os potenciais – e intensos – impactos gerados no modo como se comercializam os seguros no País, na dinâmica de funcionamento do mercado e as inúmeras exigências ínsitas à estruturação do Open Insurance tornam impositiva a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), nos termos do art. 5º da Lei 13.874/2019*” e ponderou que “*considera necessária a exclusão da figura da sociedade iniciadora de serviço de seguros (...)* não só pela ausência de AIR que considere os impactos de tal criação, mas em razão de obstáculos jurídicos de legalidade. No mesmo sentido, a Federação Nacional dos Corretores de Seguros Privados e de Resseguros (FENACOR) se manifestou nas referidas consultas públicas: *[a] implementação do Sistema de Seguros Abertos (Open Insurance), de fato, tem o potencial de ocasionar importantes e profundas transformações e impactos no mercado securitário brasileiro, em especial no*

O ato normativo aqui proposto [Resolução nº 445/2021] tem como parte o objetivo de cria (sic) o ambiente para o compartilhamento de dados pessoais prevista (sic) na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (norma hierarquicamente superior) e visa eliminar a preocupante assimetria que se criaria ao se ter parte relevante dos produtos de seguros e previdência incluídos no Open Banking, cujo sistema já está em vigor, e outra parte fora do ecossistema o que criaria uma situação assimétrica e desleal no aspecto concorrencial e que necessita urgentemente ser sanado. Portanto, em função do disposto nos incisos I e II do art. 4º do Decreto 10.411, de 2020, e do teor do normativo proposto, o AIR deve ficar dispensado. (grifou-se).

A Autarquia invocou dispositivos que, previstos para justificar a não realização de AIR, abarcam hipóteses excepcionais - e, nessa condição, devem ser aplicados restritivamente. Trata-se de hipóteses de “urgência” (inciso I) e de *ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; (...)* (inciso II). Mas nenhuma das opções se aplica ao caso sob exame.

Em *primeiro lugar*, o conceito de “urgência” não pode ser utilizado como um cheque em branco, passível de eximir o órgão regulador do dever de motivação qualificada a seu exclusivo critério. A urgência, se for o caso, deve ser fundamentada em bases objetivas, razoáveis, plausíveis e pormenorizadas. Não pode, ademais, se tratar de uma urgência “fabricada” pela autoridade reguladora.

Ocorre que, *in casu*, CNSP e SUSEP buscam “*justificar*” a pressa na implementação do *Open Insurance* justamente a partir da necessidade de rápida convergência com o *Open Banking*, a fim de se implantar o Sistema Financeiro Aberto. Ignora-se, contudo, que, ao menos desde o primeiro semestre de 2019, o Banco Central já começava a delinear a implantação do *Open Banking* no Brasil, com a publicação do Comunicado nº 33.455/2019, por meio do qual foram divulgados os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro

modo como se comercializam os seguros no País, na própria atividade da corretagem de seguros e, levando em conta esses fatores, é necessária, fundamental e até impositiva a prévia realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) para a sua implementação, nos termos do art. 5º, da Lei nº 13.874/2019.

*Aberto (Open Banking).*⁵⁶ Assim, se havia preocupação do CNSP e da SUSEP com a adaptação do marco regulatório do *Open Finance* para as todas as suas entidades reguladas e possíveis assimetrias que surgiriam com o *Open Banking*, caberia a eles iniciar, desde aquele momento, o processo regulatório para o setor securitário. Não é possível se esquivar do dever constitucional e legal de motivação qualificada ao argumento de urgência quando se está diante de cenário que já era conhecido dos órgãos reguladores há tempo considerável. É preciso considerar, mais uma vez, que as complexidades, a abrangência e as ambições do *Open Insurance* reforçam uma postura de cuidado do regulador quanto à edição de atos normativos relativos à temática, o que incrementa o dever de motivação, tornando-o qualificado.

Aliás, esse não é o único ponto em que há vício de motivação no que tange à remissão ao avanço do *Open Banking* como argumento supostamente idôneo para respaldar a criação do *Open Insurance* de forma apressada, à revelia das garantias constitucionais e legais. Durante o processo regulatório do Sistema Aberto de Seguros, o CNSP e a SUSEP buscaram reduzir o seu ônus argumentativo sob a afirmação de que o *Open Insurance* seria uma espécie de transposição do *Open Banking* para o mercado de seguros ou, então, uma decorrência lógica deste.⁵⁷ Logo, carregaria consigo, por arrastamento, toda a legitimação ínsita ao processo de implementação no segmento bancário.

⁵⁶ Apesar de o Comunicado BCB nº 33.455/2019 ter sido editado em 24.04.2019, as discussões sobre o *Open Banking* no Brasil caminhavam a passos largos no setor mesmo antes disso. O Relatório de Gestão de 2018 do BCB já previa a implementação do *Open Banking* como um dos principais pontos da chamada Agenda BC+. O documento também indica que, em 2018, já estavam sendo realizadas reuniões com associações que atuam no bojo do Sistema Financeiro Nacional para tratar do tema, bem como estava sendo gestada proposta de definição das principais diretrizes do sistema bancário aberto.

⁵⁷ A exposição de motivos da Resolução CNSP nº 425/2021 explicitou que há uma relação de interdependência entre as iniciativas do *Open Banking* e *Open Insurance*, considerando-as como mera regulamentação e a operacionalização da LGPD em dois importantes segmentos econômicos, que visam proporcionar um ambiente seguro, ágil, preciso e conveniente para o titular do dado pessoal consentir o compartilhamento de dados e o revogar ou solicitar o expurgo dos dados: *Como se observa, foram colocados requisitos para que haja convergência e interoperabilidade do Open Insurance com o Open Banking. Afinal, o objetivo do Open Finance (sistema financeiro aberto ampliado) é atender o interesse dos consumidores, provendo mais opções, experiências customizadas, produtos sob medida e inovação cobrindo toda sua vida financeira* (Disponível em <<https://bit.ly/3lNomON>>. Acesso em 15/10/2021).

No entanto, a premissa não se sustenta, na medida em que: (i) ainda que as instituições financeiras, as empresas de seguro, resseguros, as entidades abertas de previdência complementar e as sociedades de capitalização integrem o Sistema Financeiro Nacional (considerado de forma ampla), há especificidades relevantes que permeiam o setor securitário e que deveriam ter sido consideradas e sopesadas no que tange à construção e implementação do *Open Insurance*. Objetivamente, são mercados, agentes regulados, reguladores e marcos legais totalmente diferentes. E incabível uma transposição acrítica de sistemas.⁵⁸ Além disso, como dito, até de forma contraditória a esse discurso, (ii) a figura da SISS possui diferenças substanciais quanto à ITP. Assim, a falha de motivação decorre não apenas do uso impróprio da implementação avançada do *Open Banking* como motivo para atrair a dispensa de AIR com fundamento no art. 4º, I, do Decreto nº 10.411/2020, como também na tentativa do CNSP e da SUSEP de transplantar acriticamente as motivações do *Open Banking* para o *Open Insurance*, como se fossem dois setores e sistemas idênticos.

Em segundo lugar, não há que se falar na aplicação da hipótese de dispensa de AIR prevista no art. 4º, II, do Decreto nº 10.411/2020, que prevê que a AIR poderá ser dispensada quando *ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias*. Isso porque a LGPD (suposta “norma hierarquicamente superior” que justificaria a atuação do CNSP e da SUSEP) não possui dispositivo específico do qual se possa extrair a interpretação de que a regulação do *Open Insurance* só pode ser implementada de uma dada maneira (mais especificamente, daquela que foi eleita pelo CNSP e pela SUSEP). De mais a mais, mesmo que houvesse, seria necessário indicá-lo para que se configurasse a fundamentação apropriada. Além disso, as normas em discussão não se limitam a conferir contornos concretos à lei no âmbito do mercado de seguros, previdência e

⁵⁸ A respeito da necessidade de que as peculiaridades do setor securitário sejam consideradas ao longo do processo de implementação do *Open Insurance*: *Open insurance is often brought up in discussions around open banking, although open insurance presents its own unique challenges given the breadth and depth of data that might be involved in insurance. The sensitive nature of insurance-related information (think health, sexuality, political views...) brings a flurry of consumer protection risks. It will be crucial for regulators to clarify who can access what data, what the level of openness will be and what the conditions will be for such access.* (HARROP, Claire; RONEY, Eva; MCQUAID, Eugene. *Open Insurance: what is it and why is it so exciting?*. Disponível em: <<https://bit.ly/310XBOP>>. Acesso em: 25/10/2021).

capitalização, mas promovem uma série de alterações substanciais no mercado, que extrapolam a sua simples adequação à LGPD e criam obrigações antes inexistentes no setor que não encontram fundamento legal direto na LGPD. Esse, inclusive, é o caso da criação da SISS.

Indo além: mesmo fosse possível enquadrar a criação da SISS nas hipóteses de dispensa elencadas pelo parecer, ainda assim haveria importante ônus de motivação a ser superado. Aliás, o próprio §1º do art. 4º do Decreto nº 10.411/2020 impõe que, nas hipóteses de dispensa, *seja elaborada nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo*. A previsão busca prestigiar o dever procedural de motivação racional que deve reger os procedimentos regulatórios. No entanto, no caso em análise, não houve a apresentação de nota técnica nem de qualquer documento que fundamente de forma apropriada e robusta a edição do ato normativo. Apesar de mencionar expressamente o dispositivo, o Parecer SEI/SUSEP nº 1046724 se limita a sustentar que *o § 1º do citado artigo define que, nas hipóteses de dispensa de AIR, deve ser elaborado documento que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo. Assim, ressaltamos que a exposição de motivos (SEI 0953447) e este parecer fundamentam a proposta da edição do ato normativo, com este último justificando os motivos da dispensa de AIR*.

Como se percebe, portanto, os atos normativos em análise, no que concerne especialmente à criação da SISS, foram editados sem a devida motivação, o que os torna nulos.

V. PROBLEMAS DECORRENTES DA NÃO REALIZAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO OU PROCEDIMENTO SIMILAR. POSSÍVEIS VIOLAÇÕES À COMPETIÇÃO E À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Para além das deficiências de motivação explicitadas anteriormente, há dois aspectos que corroboram a ilegitimidade da criação da figura da SISS, que deveriam ter sido considerados pelo CNSP e pela SUSEP ao longo do procedimento de elaboração da Resolução CNSP nº 451/2021 e da Circular SUSEP nº 635/2021. Trata-se de potenciais vícios que poderiam ter sido contornados por meio da realização de AIR ou de procedimento similar pelas autoridades competentes.

O primeiro é de ordem concorrencial. Como já explicitado, cabe à SISS prover o *serviço de agregação de dados, painéis de informação e controle (dashboards)* e/ou prestar os *serviços de iniciação de movimentação*.

Trata-se de funções relevantes na estrutura do *Open Insurance*, que conferem à nova entidade papel central nesse novo sistema. Apesar disso, o CNSP e a SUSEP não se desincumbiram do ônus de atestar que a atribuição desse papel à SISS não tem condão de representar indevida “reserva de mercado”, nos termos do art. 4º, I, da LLE, considerando-se, especialmente, a existência de aparente grau de sobreposição dos papéis desempenhados pela SISS e pelos corretores habilitados (art. 8º, alínea “e”, do Decreto-Lei nº 73/1966), que, associado à nova regulamentação, pode representar, do ponto de vista concreto, o esvaziamento das atribuições destes. Ainda nessa frente, os reguladores não avaliaram se a instituição da figura (com as suas respectivas atribuições) acaba por criar *demandas artificiais ou compulsórias de produto, serviço ou atividade profissional*, o que também é rechaçado pela LLE (art. 4º, inc. VI).

Em linha com o que se demonstrou no capítulo anterior, cabia aos órgãos e entidades reguladores identificar se a criação da SISS era a mais adequada para enfrentar os problemas e alcançar os objetivos de interesse público que se buscava resolver. A questão é que, no curso do processo regulatório, não foram analisadas alternativas à sua criação. Tampouco foram avaliados os impactos da atuação dessa entidade privada em relação aos demais agentes previstos em lei e que atuam no segmento há décadas. Daí por que há riscos de que a criação da SISS, da forma como projetada, possa gerar graves efeitos anticoncorrenciais no mercado de seguros.

Um segundo aspecto se relaciona ao potencial risco de vazamento de dados que pode ocorrer no curso da operação do *Open Insurance* - o que exigia uma coordenação regulatória entre o CNSP e a SUSEP, enquanto entidades reguladoras especializadas no setor de seguros,⁵⁹ de um lado, e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de outro. A ANPD, como se sabe, é responsável por “zelar pela

⁵⁹ Uma das principais características das autarquias é a especialidade, ou seja, o fato de serem criadas com o objetivo de cumprir funções específicas em determinada área da Administração Pública. A SUSEP foi criada com o objetivo precípua de regular o mercado securitário brasileiro, conforme previsto pelo Decreto-lei nº 73/1966 (art. 36). Assim, a *expertise* do órgão regulador em questão é, portanto, restrita ao sistema de seguros privados e não abarca outras matérias, tal qual a proteção de dados pessoais. Dessa forma, diante de temas que ultrapassem a referida esfera e estejam abarcados pelo campo de atuação de outros órgãos reguladores, impõe-se a coordenação regulatória entre as instituições.

proteção dos dados pessoais”, conforme art. 55-J da LGPD, com o objetivo de evitar, por exemplo, riscos maiores de vazamento de dados pessoais dos clientes.

A própria LGPD prevê que a ANPD e os órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos devem coordenar suas atividades, *com vistas a assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promover o adequado funcionamento dos setores regulados, mantendo- se, ainda, fórum permanente de comunicação, inclusive por meio de cooperação técnica entre as instituições* (cf. art. 55-J, §§ 3º e 4º da LGPD). Nessa mesma direção, o art. 2º, inciso XXIII, do Decreto nº 10.474/2020 determina que a ANPD deverá *articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação*. Logo, é certo que existe um dever de atuação concertada do CNSP, da SUSEP e da ANPD, que não foi observado quando da edição da Resolução CNSP nº 451/2021 e da Circular SUSEP nº 635/2021, e que se mostra especialmente relevante no âmbito do *Open Insurance*, o qual abarca um conjunto de temáticas em que há clara interseção entre assuntos securitários e aqueles relativos à proteção de dados,⁶⁰ além do já destacado risco de vazamento de dados dos clientes, que precisa ser considerado pelos reguladores envolvidos (ou que deveriam ter o sido).

VI. CONCLUSÃO

Tendo em vista as considerações tecidas anteriormente, é possível sintetizar as conclusões do presente parecer nos seguintes enunciados objetivos:

A Resolução CNSP nº 415/2021 e a Circular SUSEP nº 635/2021, por meio das quais foi criada a figura da *Sociedade Iniciadora de Serviço de Seguro*, são ilegais. Isso porque o Decreto-Lei nº 73/1966, recepcionado pela

⁶⁰ A LGPD, inclusive, determina em seu art. 55-J, §2º, que *[o]s regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório*. Esse dispositivo reforça a necessidade de que, à luz da LGPD, se realize procedimento apto a mensurar os impactos das medidas atreladas à implementação do *Open Insurance*, inclusive com participação da ANPD, considerando que há inúmeras complexidades ínsitas à estruturação do sistema. Isso se aplica, notadamente, à criação da SISS, que terá um papel de elevado destaque nesse novo ambiente e lidará de forma direta com os dados dos clientes.

Constituição da República como Lei Complementar, definiu, exaustivamente, em seu art. 8º, quais são os agentes privados que integram o Sistema Nacional de Seguros Privados, sendo que eventuais inserções ou exclusões nesse rol (exaustivo) devem ser implementadas por meio da edição de lei.

Ainda que atualmente se reconheça que as entidades administrativas reguladoras, como o CNSP e a SUSEP, dispõem de competência normativa mais ampla, seus regulamentos não podem contradizer a disciplina legal nas hipóteses em que o legislador houve por bem antecipar certas decisões estratégicas para os setores regulados e atribuir-lhes *status* legal. A lei tem preferência e implica, quando editada, o congelamento hierárquico da temática.

É exatamente isso o que ocorre *in casu*. O Decreto-Lei nº 73/1966 exauriu a matéria. Primeiro, listou todos os atores que podem atuar do setor (art. 8º). Segundo, especificou as competências regulatórias da SUSEP e do CNSP relacionadas a cada um desses players do mercado (artigos 32 e 36). Daí não ser possível, ao regulamento, tratar de outro tipo de entidade, dispondo de outras competências administrativas antes não cogitadas no ato normativo hierarquicamente superior.

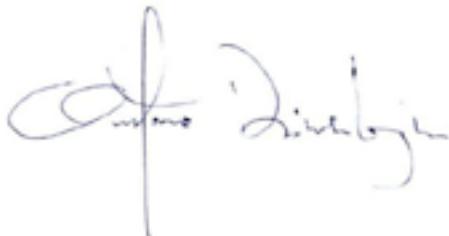
À luz do texto constitucional (art. 1º e art. 93, X, da CRFB) e das disposições legais aplicáveis (art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999; arts. 20, *caput* e parágrafo único, e 27 da LINDB; art. 4º, I e VI, da Lei nº 13.874/2019), existe um dever de motivação qualificada dirigido à Administração Pública, que deve orientar a atuação das autoridades regulatórias, inclusive (e notadamente) durante os processos de elaboração normativa, que não foi observado pelo CNSP e pela SUSEP *in casu*.

A denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR) se consagrou como uma das principais formas de se atender ao dever procedural de motivação racional da atividade regulatória, tendo sido incorporada como obrigatória pelo art. 6º da Lei das Agências e pelo art. 5º da Lei da Lei da Liberdade Econômica. Ocorre que o procedimento regulatório adotado pelo CNSP e pela SUSEP não contemplou a devida fundamentação das medidas adotadas em seus atos normativos. Não só se deixou de realizar a Análise de Impacto das medidas propostas, como nenhum

outro procedimento similar foi levado a cabo, com vistas a atender o dever de motivação qualificada extraído da Constituição da República e da legislação. A preocupação em demonstrar a adequação e correção das medidas adotadas sequer esteve presente na criação da SISS, que, como visto, se apresenta como uma inovação tanto sob a ótica do setor securitário em si, como também a partir de um exame comparativo entre a estrutura desenhada para o *Open Insurance* e para o *Open Banking*, inspiração do modelo adotado pelo CNSP e pela SUSEP.

Para além das deficiências de motivação, há dois aspectos que corroboram a ilegitimidade da criação da figura da SISS. O primeiro é de ordem concorrencial. O CNSP e a SUSEP não se desincumbiram do ônus de atestar que os papéis atribuídos à SISS não têm condão de representar indevida “reserva de mercado”, nos termos do art. 4º, I, da LLE, considerando-se, especialmente, a existência de aparente grau de sobreposição dos papéis desempenhados pela SISS e pelos corretores habilitados (art. 8º, alínea “e”, do Decreto-Lei nº 73/1966). Mais: os reguladores não avaliaram se a instituição da figura (com as suas respectivas atribuições) acaba por criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, o que também é rechaçado pela LLE (art. 4º, inc. VI). Outro problema que poderia ter sido evitado com a AIR se relaciona ao risco de vazamento de dados no curso do *Open Insurance*, o que exigia uma coordenação regulatória entre o CNSP e a SUSEP, enquanto entidades reguladoras especializadas no setor de seguros, de um lado, e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de outro, nos termos do art. 55-J, §§ 3º e 4º da LGPD e art. 2º, inciso XXIII, do Decreto nº 10.474/2020. De fato, a SISS tratará com enorme quantidade de dados, de modo que a conexão temática demandava o exame conjunto da matéria por todas as autoridades competentes.

É o parecer.



Riscos na implementação do *Open Insurance* no Brasil

Tercio Sampaio Ferraz Junior¹

CONSULTA

O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) editou a Resolução CNSP 415, de 20.07.2021, que dispõe sobre a implementação do Sistema de Seguros Aberto (“*Open Insurance*”). Por sua vez, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) expediu a Circular SUSEP 635, de 20.07.2021, regulamenta as diretrizes do CNPS sobre o *Open Insurance*. A referida Circular 635/21 estabelece um cronograma de implementação, que deverá ter início até 15 de dezembro de 2021, com o compartilhamento dos dados sobre canais de atendimento e produtos de seguros, previdência complementar aberta e capitalização disponíveis para comercialização, podendo ser executada em fases observada a data limite de 30 de junho de 2022 para finalização.

Releva assinalar que, consoante alega a própria SUSEP, as normas referentes ao *Open Insurance* nada mais são que uma cópia adaptada do *Open Banking*, sistema em implementação no bojo do sistema Financeiro Nacional, sob a condução do Banco Central do Brasil.

Segundo o art. 2º, I, da citada Resolução CNSP, o *Open Insurance* é definido como o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas no âmbito do mercado de seguros, de previdência aberta e de capitalização.

O mesmo art. 2º, no seu IX, descreve a sociedade iniciadora como de serviço de seguro como *sociedade anônima exclusivamente digital*, credenciada na SUSEP como participante do *Open Insurance*, que provê serviço de agregação de dados, painéis de informação e

¹ Professor Dr. Jur. Dr. Phil. Tercio Sampaio Ferraz Junior. Faculdade de Direito da USP e da PUCV-SP.

controle (*dashboards*) ou, como representante do cliente, compartilha serviços relacionados a seguros, por ele consentidos, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente, à exceção de eventual remuneração pelo serviço, ou por ele recebido.

Pois bem. Quando da consulta pública levada a efeito pela SUSEP, a CNseg, após ouvir as empresas Associadas, apresentou forte objeção a essa figura nova e desconhecida prevista nos atos normativos citados, argumentação essa que se resume a seguir.

A sociedade iniciadora de serviço de seguro é um ente não regulado em lei e não previsto no rol taxativo constante do art. 8º do Decreto-Lei nº 73/1966 como instituição integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados. Assim, a sugestão de exclusão da figura da sociedade iniciadora de serviço de seguro justifica-se pelas seguintes razões:

A sociedade iniciadora de serviço de seguro não compõe o Sistema Nacional de Seguros Privados, motivo pelo qual a sua criação por meio de resolução não se inclui nas competências normativas do CNSP, previstas no Decreto-Lei nº 73/1966.

No âmbito desse setor sensível e altamente regulado de seguros, é o legislador quem deve desenhar e instituir novos atores do sistema. Trata-se, afinal, da criação de um novo intermediário de mercado, o qual acaba por retirar espaço de liberdade empresarial dos *players* já existentes. Tal tipo de definição cabe à lei, em reverência ao art. 5º, II e art. 170, parágrafo único da Constituição. É o legislador quem deve trazer contornos claros e, tanto quanto possível, precisos, sobre os papéis de tais sociedades e os limites que se lhe impõem tanto para que se tutelem direitos dos consumidores, quanto para que se respeitem os direitos de liberdade econômica das seguradoras. Tal demanda por normatização legislativa é pressuposto, inclusive, para o efetivo controle administrativo, social e jurisdicional de seus atos.

A minuta da Resolução desconsidera o fato de que a SUSEP não possui poder de fiscalização sobre entidades que não fazem parte do Sistema Nacional de Seguros Privados e que não poderá punir tais empresas, que sequer serão alcançadas pela Resolução CNSP nº 393/2020, caso venham a descumprir o ato normativo que vier a ser editado. Mas não é só. Mesmo que se entenda que a não sujeição à fiscalização da SUSEP não seja um efetivo problema (bastando, por exemplo, eventual termo de adesão à norma – do que se cogita apenas para argumentar), não se pode ignorar que a participação de atores totalmente estranhos ao setor traz enorme insegurança

jurídica às entidades supervisionadas, além de graves riscos de dano à concorrência. Neste sentido, é importante destacar que a ausência de regulação e fiscalização a tal entidade poderá gerar uma assimetria entre os participantes do *Open Insurance*. Além disso, chama-se atenção que a referida proposta não se coaduna com a promoção de ambiente concorrencial saudável.

Ainda que se entendesse que a figura da sociedade iniciadora de serviço de seguro é compatível com o marco setorial, a sua criação pressupõe prévia Análise de Impacto Regulatório (AIR). A introdução de novo ator no mercado, com função específica deve ser vista com cautela, pois pode configurar conduta vedada pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), cujo art. 4º veda a criação indevida de (a) reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (art. 4º, inc. I); e de (b) demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional (art. 4º, inc. VI). Assim, tem-se por indispensável o estudo do tema à luz dos seus efeitos concorrenceis.

Há, ainda, que se considerar que, mesmo no sistema do *Open Banking* (o qual serviu de base e inspiração para o desenvolvimento do *Open Insurance* pela SUSEP), não se promoveu a criação de uma figura jurídica nova para o setor. No caso, o Banco Central, dentro de sua competência, ao tratar dos serviços de iniciação de transação de pagamento e encaminhamento de proposta de crédito, por exemplo, remeteu a figuras já existentes na legislação, como os Correspondentes (cf. art. 6º, III, da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1/2020 e Res. BCB nº 3954/2011) e as próprias Instituições de Pagamento (autorizadas a funcionar na modalidade de Iniciadoras de Transação de Pagamento – cf. Art. 3º, III, Res. BCB nº 80/2021).

Relativamente a esse último ponto, a CNseg tomou conhecimento de entrevista dada à imprensa por Diretor do Banco Central do Brasil, segundo o qual o BACEN optou por admitir no âmbito do *Open Banking* somente instituições submetidas ao seu Poder de Polícia, no intuito de da maior segurança aos participantes. Considerando o teor dessa entrevista, a CNseg enviou correspondência à SUSEP sugerindo a adoção do mesmo critério em face da identidade de situações.

Pelo exposto, pedimos que se verifique a legalidade, constitucionalidade e conformação das chamadas *sociedades iniciadoras de serviços de seguro* ao Sistema Nacional de Seguros Privados que foram criadas pela Resolução CNSP nº 415/2021 e mencionadas na Circular SUSEP nº 635/2021.

PARECER

Análise da legalidade e constitucionalidade: observações preliminares

Para delimitação do escopo deste parecer, resumo, em breve síntese, o escorço normativo do tema em questão.

A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) publicou, em julho de 2021, a resolução CNSP nº 415, que dispõe sobre a implementação do Sistema de Seguros Aberto (*Open Insurance*)². Para os fins da resolução, “*Open Insurance*” se refere ao *compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas no âmbito dos mercados de seguros, previdência complementar aberta e capitalização* (Art. 2º, I).

O compartilhamento de serviços e de dados pessoais dos clientes é um aspecto primordial do *Open Insurance*, sendo determinante no que diz respeito ao grau de utilidade e de interesse do sistema para sociedade. Para melhor atender à questão do compartilhamento de dados, a SUSEP publicou o “Manual de Escopo de Dados e Serviços do *Open Insurance*”. No documento, consta que *a garantia da qualidade, disponibilidade e integridade é fundamental para que os elementos necessários à construção da confiança no Open Insurance estejam presentes*³.

As mudanças propostas trazem, porém, questionamentos.

Uma facilitação em uma complexa rede de transações: o acesso a dados

De plano, um maior compartilhamento e uma abertura de dados, em conformidade com as regras de proteção de dados e de concorrência, poderiam indiscutivelmente permitir que o setor de seguros abraçasse plenamente a inovação impulsionada pelas tecnologias de dados. Entretanto, isso também poderia dar origem novos riscos, ou amplificar aqueles existentes, tais como os relativos à segurança dos dados, riscos

² Cf.:<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnsp-n-415-de-20-de-julho-de-2021-333272165>.

³ Cf.: SUSEP. *Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Insurance*. Disponível em: <https://openinsurance.susep.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Manual-de-Escopo-de-Dados-e-Servicos.pdf>.

cibernéticos, interoperabilidade, responsabilidade, questões éticas e riscos mais amplos de proteção ao consumidor.

Objetiva-se uma facilitação em uma complexa rede de transações.

Observe-se, inicialmente, que os dados, compreendidos de forma ampla, são críticos para os seguros, pois são a base de uma sólida identificação de riscos e fixação de preço, de modo que as seguradoras são tipicamente ricas em dados. Porém, novos tipos de dados e fontes de dados (por exemplo, mídias sociais) e novas perguntas sobre quem deve decidir em última instância sobre o uso de dados (por exemplo, o segurado) vêm alterando este quadro. Novos atores e desafios têm surgido, e com isso novas questões, como sobre se – e até que ponto – as cadeias de valor dos seguros devem ser “abertas”, ou seja, se e até que ponto os dados relacionados a seguros devem ser “abertos”, i.e., compartilhados com outros operadores de seguros ou terceiros, para dar corpo aos direitos dos segurados e permitir a inovação em produtos e serviços.

É preciso, assim, ter em conta que, não obstante a facilitação, o acesso mediante imposição ocorre no chamado ciberespaço, que nos libera das amarras territoriais, ao lançar-nos na ubiquidade virtual (simultaneidade/velocidade). O ciberespaço, embora não nos retire do espaço no qual vivemos, tecnicamente o supera. Daí o problema gerado pelas transferências de “dados” por seu possível armazenamento e consequente constituição em uma outra base de dados, mesmo diante de um consentimento expresso.

Os dados que serão compartilhados se encontram definidos no art. 5º, caput:

Art. 5º O Open Insurance abrange o compartilhamento de, no mínimo, dados abertos de seguros, dados pessoais de seguros e serviços de iniciação de movimentação.

Alguns dados não poderão ser compartilhados⁴, como dados pessoais sensíveis ou escore de crédito, comportamento ou perfil (Art. 5º, § 3º,

⁴ Art. 5º. § 3º O compartilhamento de dados de cadastro de clientes deve abranger, pelo menos: I - os dados fornecidos diretamente pelo cliente ou obtidos por meio de consulta a bancos de dados de caráter público ou privado, exceto: a) os dados classificados como dado pessoal sensível pela legislação; b) notas, pontuações ou escores, a respeito do cliente, sobre seu: crédito, comportamento ou perfil; c) as credenciais e outras informações utilizadas com o objetivo de efetuar a autenticação do cliente; e II - o último dado disponível.

I, a, b). Não obstante, as sociedades participantes do *Open Insurance* possuem autonomia para decidir sobre o compartilhamento de dados adicionais, desde que respeitado o consentimento prévio do cliente ao se tratar de dados pessoais e observada a regulamentação vigente⁵.

Há, no entanto, limites nessas transferências que encontram, na Constituição Federal, seu fundamento no reconhecimento da privacidade como um dos seus direitos fundamentais. A CF protege, assim, dentro do conceito normativo de vida privada, não só a casa como asilo do indivíduo (CF 5º XI), mas a comunicação de dados (CF 5.º XII)⁶.

Ainda que, no caso, houvesse um consentimento expresso, de se lembrar o § 1º do artigo 10 da LGPD que estabelece que quando o tratamento de dados tiver como base legal o legítimo interesse do controlador, este só poderá utilizar dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida. O § 2º determina que controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse e o § 3º esclarece que a autoridade nacional poderá solicitar ao controlador um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, nos casos em que o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo (observados os segredos comercial e industrial).

Uma maior abertura dos dados significa, assim, mais armazenamento, processamento e compartilhamento dos dados, o que poderia aumentar riscos referentes à cibersegurança dos bancos de dados.

O compartilhamento mais amplo de dados com mais partes aumenta os riscos de violação (*data breach*), mau uso e fraudes, incluindo a obtenção de informações não autorizadas sobre os usuários, como dados sensíveis relativos a saúde, localização, ou situação financeira.

⁵ Cf.: SUSEP. *Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Insurance*. Disponível em: <https://openinsurance.susep.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Manual-de-Escopo-de-Dados-e-Servicos.pdf>.

⁶ José Afonso da Silva entende que a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas (AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 195).

De todo modo, embora esse compartilhamento de dados seja apenas uma consequência direta da opção do usuário, não se pode olvidar que um ato administrativo cogente pode vir a ser considerado irregular, ou ilegal e até inconstitucional, se for fruto de juízo da Administração com o intuito de satisfazer uma necessidade pública em detrimento de outra.

Embora a Resolução CNSP 415/2021 vede o compartilhamento de dados sensíveis, essas informações podem ser inferidas a partir do cruzamento de dados realizados mediante técnicas de IA.

Esses pressupostos encontram implicações constitucionais, sendo relevante lembrar, nas ações contra MP 954/20, que prevê o compartilhamento de dados de clientes pelas empresas de telecomunicações com o IBGE, durante a pandemia do novo coronavírus, o voto da Ministra Rosa Weber – Relatora – em que afirma não ser possível comparar a obtenção de “nome, número e telefone” dos brasileiros previstos nas listas telefônicas do passado ao patamar tecnológico atual, ressaltando que atualmente, a partir de tais informações, a tecnologia consegue confeccionar um perfil individualizado e detalhado do cidadão. Ao que se seguiu a suspensão da MP por violação inconstitucional da privacidade.

Propriedade da senha e uso do sistema

Nos termos da Resolução CNSP 415/2021, o compartilhamento dos dados no escopo do *Open Insurance* é obrigatório para todas as sociedades participantes, seja a sua participação obrigatória ou voluntária. É a disposição do art. 6º, em seu parágrafo 2º:

Art. 6º [...]

§ 2º É obrigatório o compartilhamento dos dados no escopo do Open Insurance, observados os prazos de implementação mencionados nesta Resolução:

- em formato para o acesso pelo público, conforme disposto no art. 23, § 2º, para os dados abertos de seguros; e*
- entre as sociedades participantes para dados pessoais de seguros e serviços de iniciativa de morimentação.*

Um ponto de incerteza, tanto para as empresas quanto para os titulares de dados, está em como a portabilidade deve funcionar diante dos segredos industrial e comercial. A coleta de dados pessoais muitas vezes envolve técnicas sofisticadas, que podem acabar sendo reveladas no exercício do direito à portabilidade. Além disso, muitos dos

dados mais valiosos sobre os titulares de dados não são informações diretamente coletadas, mas sim inferências feitas a partir dos dados com base em algoritmos proprietários⁷.

A comunicação do dado pelo cliente, mediante acesso à memória computorizada, a outra pessoa jurídica não integrante do sistema faz com que a pessoa jurídica receptora do dado não só saiba do dado e o armazene, como possa vir a ter acesso ao sistema. E isso por uma razão simples: no mundo virtual, os dados armazenados fazem parte da estrutura comunicacional do próprio sistema. O compartilhamento das informações com acesso ao sistema implica, pois, risco. Afinal, ao permitir o acesso a suas informações cadastrais, o cliente permite que elas sejam armazenadas no banco de dados da pessoa jurídica com quem contrata (no caso, cliente/seguradora).

Mesmo pressupondo-se que a senha pertence ao cliente, a Lei do Software (Lei 9609/98) tem uma configuração na qual somente cabe ao titular do direito a competência para determinar o regime de uso do software. Deve-se, portanto, acentuar que cabe ao titular e somente a ele, mesmo depois de sua decisão de abrir o software original para uso, a possibilidade de alterar o regime de uso, para permitir sua extensão a outros terceiros.

Fica claro, pois, por consequência, que, do ponto de vista da relação licenciador/licenciado, a simples licença de uso para execução do programa atende apenas ao fim, para o licenciado, de consumo de uma solução informática. Ou seja, ao adquirir um aplicativo (software), o usuário não se torna proprietário da obra, está apenas recebendo uma licença de uso, que é uma permissão para o uso, de forma não exclusiva.

Mesmo tendo adquirido um aplicativo (numa loja), o usuário não possui o direito de realizar uma subcessão de uso, salvo se tiver autorização expressa do titular. Tem-se, por consequência, que o obrigatório compartilhamento dos dados no escopo do *Open Insurance* merece reparos.

Dentro dessa temática, uma observação com respeito à Circular SUSEP nº 635, de 20 de julho de 2021, que dispõe sobre a regulamentação das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional

⁷ Cf: INSTITUTO LEGAL GROUNDS FOR PRIVACY DESIGN. Portabilidade de dados. Disponível em: https://institutolgpd.com/blog/opal_service/portabilidade-de-dados-2/.

de Seguros Privados - CNSP para implementação do Sistema de Seguros Aberto (*Open Insurance*).

No art. 1º, parágrafo único, dispõe-se que os regulamentos anexos à Circular *estabelecem as diretrizes para a estrutura inicial responsável pela governança do Open Insurance, os requisitos técnicos, procedimentos operacionais e o escopo mínimo de dados e serviços para sua implementação, a serem observados pelas sociedades participantes especificadas na regulamentação vigente.*

Com esse objetivo prevê-se um Application Programming Interface (API): interface dedicada ao compartilhamento entre sociedades participantes de dados e serviços do escopo do *Open Insurance*. No ANEXO I está a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação do *Open Insurance*, com as diretrizes para o estabelecimento, pelas sociedades participantes, de um Conselho Deliberativo. Dentre as atribuições do Conselho Deliberativo está aprovar propostas para padrões tecnológicos, procedimentos operacionais e outros aspectos necessários à implementação do *Open Insurance*.

Ora, as decisões do Conselho Deliberativo serão tomadas por maioria simples de voto dos conselheiros. Porém, uma deliberação majoritária sobre questões dessa natureza não deve olvidar a legislação brasileira relativa ao direito sobre o software, tratado como direito de autor (Lei 9609/98, art. 2º). Tal enquadramento, como direito autoral e não de propriedade industrial (Lei 9279/96), traz uma importante consequência jurídica: o que se protege não é a coisa na qual se concretiza a criação (o software), mas a própria criação, expressa em determinada forma. A lei atribui ao autor o direito exclusivo de utilizá-la, dela fruir e dispor (Lei 9610/98 art. 28). Pela sistemática legal, são conferidos amplos poderes ao autor para explorar economicamente sua obra e dispor de seus direitos exclusivos de uso, o que é incorporado pela legislação sobre software.

Ora, as sociedades participantes do *Open Insurance*, sobretudo seguradoras já consolidadas, têm o direito de se mostrar relutantes a compartilhar dados que considerem informações de sua propriedade para seus competidores.

Pondere-se que, afinal, o interesse público na facilitação de transações não autoriza o órgão público a se imiscuir nas relações entre agentes de uma cadeia econômica de modo a tornar acessível para terceiros concorrentes informações sensíveis, como as relações de clientela.

Estão aí conjugadas, de um lado, uma competência pública para garantir a eficiência, higidez e solidez das operações, reduzindo os custos de transação, de outro, garantir, entre os agentes, que não haja violação da competição do ponto de vista sistêmico, por viabilizar-se nele a veiculação de conteúdos significativos.

O acesso à clientela

Dispõe o art. 6º, em seu parágrafo 3º:

Art. 6º [...]

§ 3º A participação voluntária no Open Insurance, de acordo com as previsões dos incisos I ou II do caput, pressupõe o cumprimento do disposto nesta Resolução como se obrigatória fosse, incluindo a disponibilidade de interface dedicada ao compartilhamento no sistema na condição de sociedade transmissora de dados.

Isso levanta preocupações relativas à competição e à propriedade não muito diferentes daquelas que surgiram no âmbito do *Open Banking* e que dizem respeito, de maneira geral, aos questionamentos que orbitam o direito à portabilidade de dados de uma maneira geral, ao obrigar os participantes provedores de contas a permitir que seus clientes realizem operações em canais controlados por outras instituições, instituições concorrentes, que passam a ter um acesso às relações de clientela e aos dados dessa clientela a serem tratados no âmbito dessas transações. Ou seja, seu objeto não é, propriamente, a coisa, mas a relação subjetiva no processo de satisfação e liberação de operações. E, nessa facilitação, essa relação tem uma implicação de risco. Esse viés tem a ver com as relações de clientela. Donde a necessidade de uma ponderação sobre os limites de imposição de uma estrutura, pelo Estado, aos agentes privados em termos de sua atuação.

Essa observação é crucial para entender a hipótese jurídica da voluntariedade de alguém dar acesso a seus “próprios dados”. Pois uma coisa é alguém, de posse dos seus dados, fisicamente falando (papel, pendrive, disquete) ou mesmo por transmissão eletrônica (e mail), entregá-los a terceiros espontaneamente para alguma finalidade de seu interesse (por exemplo, para efeitos de consultoria e aconselhamento econômico). Outra, é dar acesso à senha e abrir a comunicação *on line*.

Importante lembrar que clientela é uma figura singular na área de seguros. Na doutrina brasileira, entende-se o fundo de comércio como universalidade de fato, como instrumento do exercício

empresarial, portanto organizado pelo empresário (J. Eunápio Borges, Curso de Direito Comercial Terrestre, vol. 1, Rio de Janeiro, 1959). Sendo o centro aglutinador do fundo de comércio a organização a base, entende-se a razão pela qual distingue Waldemar Ferreira entre freguesia e clientela (Tratado de Direito Comercial, São Paulo, 1962, 7º vol., § 1.554). Ora, em sua atividade típica há de se reconhecer que uma seguradora não tem, propriamente, freguesia (conjunto de pessoas que frequentam, habitualmente, um estabelecimento), mas clientes, com os quais mantém uma relação que exige do prestador uma interação de confiança, qualificada por uma competência gerencial específica. Clientela, nesse sentido, exprime patrocínio e proteção, a carteira de clientes constitui um dos elos nucleares de um negócio. Nesse sentido, clientela é não só um bem próprio, como também, para as seguradoras, uma atividade de risco econômico.

Tenha-se em vista que, embora o setor se submeta a um regime de direito público, sendo de direito público as relações jurídicas por ele reguladas, não se pode deixar de ressaltar, contudo, que estamos diante de um setor que permite discriminar, por sua natureza, as peculiaridades das relações jurídicas envolvidas.

Livre iniciativa e livre concorrência

Não se deve olvidar que a instituição de um sistema de *Open Insurance* não significa que dados privados sejam disponibilizados publicamente de graça, uma vez que dados de seguros relacionados à fixação de preço ou avaliação de riscos são ativos valiosos acumulados ao longo dos anos pelas empresas, utilizados para construir sua experiência e reputação.

O problema, na verdade, põe em relevo um compartilhamento cogente de dados entre instituições privadas, quando o usuário, como um perfil individualizável e detalhável, passa seus dados das mãos de um para outro, numa rede de conexões. Embora isso possa parecer algo de somenos diante de interesse público justificador, não deixa de constituir um acesso a informações capaz de ser base para tratamento e elaboração de bancos de dados, cujas implicações legais e constitucionais não são desprezíveis.

Ora, na imposição de compartilhamento sem ônus, é possível também perceber, por consequência, não só que haveria uma injustificada intervenção estatal no domínio econômico, mas até mesmo uma sutil e sub-reptícia expropriação de propriedade privada.

As orientações positivas sobre a organização dos negócios, dentro da lei, devem partir sempre dos próprios agentes econômicos, por força da livre iniciativa que fundamenta e informa todo o sistema econômico. Portanto, quais informações devam ser trocadas entre eles é tema que, positivamente, não pode ser objeto de regulamentação e, negativamente, têm de obedecer aos limites impostos ao mercado pelo princípio da livre concorrência.

Afinal, é a atividade de tratamento de dados conforme interesses próprios que dá sentido constitucional à garantia da concorrência e da privacidade: o dado gerido encontra-se no patrimônio daquele que lhe tem a gestão.

Não se pode esquecer, nesse sentido, que os dados empresariais destinados à gestão de sua estratégia econômica são informações do empresário a respeito de sua atuação no mercado e pertencem à empresa que o efetua. Tanto assim que a empresa pode se diferenciar de outra justamente pela melhor qualidade na formação e na organização de seus dados: relações de clientela.

O interesse de manter aquela formação e organização é próprio da ordem pública, que pode exigir para si aqueles dados que afetem o interesse público, mas não pode exigir que eles sejam comunicados aos agentes econômicos do mercado em que atuam, sob pena de caracterizar-se um abuso de poder regulatório por força de uma violação do princípio da neutralidade concorrencial do Estado, do qual fala Eros Grau, como um dos caracteres que conferem sentido ao princípio da livre concorrência e delimitam a intervenção Estado na economia: *neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública*⁸.

Vale dizer, faz parte da livre iniciativa, dentre as razões múltiplas para uma estruturação das respectivas circunstâncias jurídicas e econômicas das empresas, a opção por uma gestão mantenedora da propriedade. Isso sem mencionar a afronta à liberdade econômica prevista na legislação infraconstitucional, sob fundamento da garantia constitucional da livre iniciativa, sem qualquer ponderação sobre o impacto regulatório e sua razoabilidade. É imperativa, ao contrário, a ponderação de interesses, sendo seu princípio a não- sacrificialidade a priori de nenhum interesse⁹.

⁸ A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo, 1997, p. 226.

⁹ Odete Medauar: O direito administrativo em evolução, São Paulo, 1992, p. 183.

Tenha-se em conta, nessa linha, o art. 4º da Lei nº 13.874/2019 determina ser dever da administração pública, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação, evitar o abuso do poder regulatório, caracterizado, dentre outras maneiras, pela criação indevida (I) de reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes, somada à demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional (art. 4º, inc. VI).

O dispositivo do art. 4º pressupõe, ao revés, uma obrigação-de-equalização imposta ao próprio poder público, a refreá-lo contra a instauração de desigualdades de chances e o aprofundamento de desigualdades econômicas.

Assim, a neutralidade estatal em face da concorrência será ferida se, mediante adoção de medida, as relações competitivas entre empresas concorrentes em igualdade de condições venham efetivamente a criar para elas uma diferença que exista em virtude da própria medida.

Sua violação dá-se, assim, primeiro, quando, por princípio geral, o que a Constituição avalia positivamente (proteção a empresas de menor porte) é disciplinado em termos desfavoráveis pela autoridade administrativa.

Ora, a medida proposta leva à cogitação de possível favorecimento, devendo-se destacar, como faz a consultante, que a ausência de regulação e fiscalização para a nova entidade criada poderá gerar uma assimetria entre os participantes do *Open Insurance*.

As “sociedades iniciadoras de serviço de seguro”

Um ponto da Resolução que merece esclarecimento diz respeito à criação das “sociedades iniciadoras de serviço de seguro”. Uma sociedade iniciadora de serviço de seguro é, nos termos da resolução (Art. 2º, IX).

sociedade anônima, credenciada pela Susep como participante do Open Insurance, que provê serviço de agregação de dados, painéis de informação e controle (dashboards) ou, como representante do cliente, com consentimento dado por ele, presta serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente, à exceção de eventual remuneração pelo serviço, ou por ele recebidos.

As sociedades iniciadoras de serviço de seguro (“SISS”) são, obrigatoriamente, participantes do sistema de *Open Insurance* (Art. 6º, II, a). Os requisitos para seu credenciamento e funcionamento devem ser disciplinados pela Susep (Art. 8º), devendo ser observados,

dentre outros, a segurança cibernética, a governança (inclusive de dados), capacidade financeira e práticas de condutas referentes ao relacionamento com clientes (Art. 8º, caput, in fine). As SISS deverão ter como objeto social exclusivo a prestação de serviço de iniciação de movimentação no *Open Insurance* (Art. 8º, §1º, I) ou ser uma instituição iniciadora de transação de pagamento, conforme estabelecido na regulamentação do *Open Banking* (Art. 8º, §1º, II). Sociedades iniciadoras poderão também prestar aos clientes outros serviços “baseados nos dados compartilhados no *Open Insurance* desde que essas atividades guardem relação com o seu objeto social e sejam inerentes à consecução de seus objetivos” (Art. 8º, §2º).

Competência legislativa para instituição do SISS

Constitui, inicialmente, um problema o seu reconhecimento no Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado pelo Decreto-lei de 21 de novembro de 1966, recebido como lei complementar nos termos do art. 192 da Constituição Federal. O Decreto-lei enumera taxativamente as entidades que constituem o Sistema: o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; os resseguradores, as Sociedades autorizadas a operar em seguros privados, os corretores habilitados.

Com relação a essa enumeração, importante apontar que a SISS não é uma corretora de seguros: a exigência de que seja uma sociedade anônima, exclusivamente digital, afasta essa possibilidade. Ademais, a SISS pode, eventualmente, ser remunerada diretamente pelo cliente.

A Resolução busca fundamentar sua competência no disposto no art. 5º, incisos I e IV, e art. 32, incisos I e XVI, do Decreto-Lei nº 73/66, mas nenhuma dessas normas parece conferir a competência pretendida. O art. 5º determina os objetivos da política de seguros privados, em destaque para (I) promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País e (IV) o aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras. O estabelecimento dessas políticas é competência legislativa da União (CF, art. 22 – VII), cabendo ao CNSP, (art. 32 -I) fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados.

Ora, não há como enquadrar a criação de uma entidade nova na fixação de diretrizes e normas de política de seguros privados. Na verdade, trata-se de uma figura nova, criada mediante resolução, para o que a Constituição Federal prevê competência legislativa e lei complementar.

O comando constitucional (art. 192) se exterioriza da seguinte forma:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade (...).

De um lado, deve ser o Sistema Financeiro deve ser estruturado de modo a ser um instrumento que promova o desenvolvimento equilibrado do país. De outro, tal desenvolvimento deve ser direcionado a servir aos interesses da coletividade, no caso, a coletividade entendida como o povo, constituído de cidadãos, residentes e não-residentes.

Com tal abrangência de atuação, o sistema financeiro nacional depende todo de lei complementar, isto é, enquanto norma comportamental, será regulado por lei complementar.

Ora, da maneira como vem sendo construído pela Susep, o Sistema de Seguros Aberto amplia, mediante simples resolução, a lista de empresas autorizadas a acessarem o ambiente *Open Finance*, que passará a incluir seguradoras, empresas de previdência complementar aberta, sociedades de capitalização, participantes do *sandbox* regulatório da Susep e demais empresas credenciadas pela Susep.

A figura do agregador de dados: problemas e cautelas exigidas

Nesse quadro, caracterizada como uma sociedade credenciada pela Susep a SISS traz a figura do agregador de dados. Embora se trate de uma novidade no cenário brasileiro, é possível encontrar a figura do “agregador de dados” em outros mercados, como o estadunidense e nos de alguns países europeus. As particularidades e a regulamentação dos agregadores de dados variam de acordo com os mercados locais, mas a EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) tem trabalhado no sentido de criar uma regulação geral para a matéria.

Em janeiro deste ano, a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões publicou o *discussion paper* intitulado *Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data*¹⁰. Sobretudo por se tratar do primeiro documento a discorrer de maneira aprofundada sobre o tema do *Open*

¹⁰ Disponível em: <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/open-insurance-discussion-paper-28-01-2021.pdf>.

Insurance, ainda que em modelo de *discussion*, isto é, aberto à consulta pública e manifestação de opinião de *stakeholders*, o artigo exerceu influência no processo de elaboração da normativa de instituição do sistema no Brasil¹¹.

Atualmente, segundo a EIOPA, o desenvolvimento desses serviços envolve negociações bilaterais, acordos e contratos, bem como o esforço para superar padrões (standards) diferentes, uma vez que não há interoperabilidade (padronização) suficiente devido à ausência de quaisquer requisitos reguladores ou autorreguladores nesse sentido para além das regras de portabilidade de dados do GDPR – o mesmo se aplica ao Brasil, com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O *Open Insurance*, por outro lado, busca a padronização e/ou estabelecimento de possíveis requisitos obrigatórios de compartilhamento de dados para o setor de seguros (com base no consentimento expresso do cliente), proporcionando uma segurança controlada com vistas a garantir uma melhor proteção ao consumidor.

Nessa perspectiva, importa notar que, apesar de a experiência europeia com o compartilhamento de dados no mercado financeiro anteceder em ao menos três anos a brasileira¹², a abordagem europeia no que tange à instituição do *Open Insurance* tem sido de maior cautela e participação dos atores envolvidos que a experiência brasileira. Isso fica evidente no referido paper, quando a Autoridade dedica considerável espaço a analisar tantos riscos quanto possível, sob o ponto de vista dos consumidores, das sociedades participantes do *Open Insurance* e dos órgãos de supervisão.

A EIOPA considera que possivelmente o maior desafio será gerenciar os riscos relativos à privacidade e à segurança dos dados, incluindo o tratamento dos dados em estrita conformidade com as legislações de proteção de dados. Outro desafio diz respeito à

¹¹ A importância do paper da EIOPA é reconhecida na exposição de motivos para a proposta de submissão, para consulta pública, das minutas da Resolução CNSP e Circular Susep que viriam a regulamentar o *Open Insurance* no Brasil. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/copy_of_normas-em-consulta-publica/Exp_Mot_Open%20-1.pdf.

¹² O sistema de *Open Banking* na União Europeia entrou em vigor no início de 2018, com a Payment Services Directive – PSD2. Cf: Payment services (PSD 2) - Directive (EU) 2015/2366". Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/payment-services-psd-2-directive-eu-2015-2366_en.

qualidade e a integridade dos dados, elementos fundamentais para que o serviço de *Open Insurance* funcione adequadamente, uma vez que demais empresas confiarão nos dados compartilhados no sistema.

De todo modo, com referência ao inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, reitere-se que a Constituição não subordina mensagens comunicadas à propriedade de determinados sujeitos, a fim de fundar direitos de propriedade (inviolabilidade do sigilo como inviolabilidade da propriedade das mensagens). Donde segue que o legislador tem o dever de assegurar organizadamente o processo de comunicação, por meio de dispositivos que tanto garantam aos comunicadores uma formulação aberta de informações, passível de ser por eles reconhecida e concretizada, quanto impeçam estratégias comunicacionais de manipulação (violação do circuito informático), a divulgação não transparente de informações que se refiram à privacidade.

Isso posto, passo a apresentar, em resumo, as conclusões resultantes da análise.

Conclusões

Compartilhamento obrigatório de dados: constitucionalidade

O compartilhamento de serviços e de dados pessoais dos clientes é um aspecto primordial do *Open Insurance*, sendo determinante no que diz respeito ao grau de utilidade e de interesse do sistema para sociedade. Para melhor atender à questão do compartilhamento de dados, a SUSEP publicou o *Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Insurance*. No documento, consta que *a garantia da qualidade, disponibilidade e integridade é fundamental para que os elementos necessários à construção da confiança no Open Insurance estejam presentes*.

Os dados que serão compartilhados se encontram definidos no art. 5º, caput da Resolução CNSP nº 415:

Art. 5º O Open Insurance abrange o compartilhamento de, no mínimo, dados abertos de seguros, dados pessoais de seguros e serviços de iniciação de movimentação.

Alguns dados não poderão ser compartilhados, como dados pessoais sensíveis ou escore de crédito, comportamento ou perfil (Art. 5º, § 3º, I, a, b). Mesmo diante de um consentimento expresso, de se lembrar o § 1º do artigo 10 da LGPD estabelece que quando

o tratamento de dados tiver como base legal o legítimo interesse do controlador, este só poderá utilizar dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida.

Ora, o compartilhamento mais amplo de dados com mais partes aumenta os riscos de violação (*data breach*), mau uso e fraudes, incluindo a obtenção de informações não autorizadas sobre os usuários, como dados sensíveis relativos a saúde, localização, ou situação financeira.

Relevante lembrar, nas ações contra Medida Provisória 954/20, que prevê o compartilhamento de dados de clientes pelas empresas de telecomunicações com o IBGE, durante a pandemia do novo coronavírus, o voto da Ministra Rosa Weber – Relatora – em que afirma não ser possível comparar a obtenção de “nome, número e telefone” dos brasileiros previstos nas listas telefônicas do passado ao patamar tecnológico atual, ressaltando que atualmente, a partir de tais informações, a tecnologia consegue confeccionar um perfil individualizado e detalhado do cidadão. Ao que se seguiu a suspensão da MP por violação inconstitucional da privacidade.

Assim, embora aquele compartilhamento de dados (dados abertos de seguros, dados pessoais de seguros e serviços de iniciação de movimentação) seja apenas uma consequência direta da opção do usuário, não se pode olvidar que um ato administrativo cogente (Resolução) pode vir a ser considerado irregular, ou ilegal e até inconstitucional, se for fruto de juízo da Administração com o intuito de satisfazer uma necessidade pública em detrimento de outra.

Acesso a senha, direito ao software e relações de clientela

Um ponto de incerteza, tanto para as empresas quanto para os titulares de dados, está em como a portabilidade deve funcionar diante dos segredos industrial e comercial. A coleta de dados pessoais muitas vezes envolve técnicas sofisticadas, que podem acabar sendo reveladas no exercício do direito à portabilidade. Além disso, muitos dos dados mais valiosos sobre os titulares de dados não são informações diretamente coletadas, mas sim inferências feitas a partir dos dados com base em algoritmos proprietários.

Ora, no mundo virtual, os dados armazenados fazem parte da estrutura comunicacional do próprio sistema. O compartilhamento das informações com acesso ao sistema implica, pois, risco.

Mesmo pressupondo-se que a senha pertence ao cliente, a Lei do Software (Lei 9609/98) tem uma configuração na qual somente cabe ao titular do direito a competência para determinar o regime de uso do software. Deve-se, portanto, acentuar que cabe ao titular (a seguradora) e somente a ele, mesmo depois de sua decisão de abrir o software original para uso, a possibilidade de alterar o regime de uso, para permitir sua extensão a outros terceiros.

Essa observação é crucial para entender a hipótese jurídica da voluntariedade de alguém dar acesso a seus “próprios dados”. Pois uma coisa é alguém, de posse dos seus dados, fisicamente falando (papel, pendrive, disquete) ou mesmo por transmissão eletrônica (e-mail), entregá-los a terceiros espontaneamente para alguma finalidade de seu interesse (por exemplo, para efeitos de consultoria e aconselhamento econômico). Outra, é dar acesso à senha e abrir a comunicação *on line*.

Dentro dessa temática, uma observação com respeito à Circular SUSEP nº 635, de 20 de julho de 2021, que dispõe sobre a regulamentação das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP para implementação do Sistema de Seguros Aberto (*Open Insurance*).

Dentre as atribuições do Conselho Deliberativo está aprovar propostas para padrões tecnológicos, procedimentos operacionais e outros aspectos necessários à implementação do *Open Insurance*.

Ora, as decisões do Conselho Deliberativo serão tomadas por maioria simples de voto dos conselheiros. Porém, uma deliberação majoritária sobre questões dessa natureza não deve olvidar a legislação brasileira relativa ao direito sobre o software, tratado como direito de autor (Lei 9609/98, art. 2º). Tal enquadramento, como direito autoral e não de propriedade industrial (Lei 9279/96), traz uma importante consequência jurídica: o que se protege não é a coisa na qual se concretiza a criação (o software), mas a própria criação, expressa em determinada forma. A lei atribui ao autor o direito exclusivo de utilizá-la, dela fruir e dispor (Lei 9610/98 art. 28). Pela sistemática legal, são conferidos amplos poderes ao autor para explorar economicamente sua obra e dispor de seus direitos exclusivos de uso, o que é incorporado pela legislação sobre software.

Ora, as sociedades participantes do *Open Insurance*, sobretudo seguradoras já consolidadas, têm o direito de se mostrar relutantes

a compartilhar dados, mediante senha e tecnologia de software, que considerem informações de sua propriedade para seus competidores. Importante lembrar que clientela é uma figura singular na área de seguros. Na doutrina brasileira, entende-se o fundo de comércio como universalidade de fato, como instrumento do exercício empresarial, portanto organizado pelo empresário.

Nessa extensão, o interesse público na facilitação de transações não autoriza o órgão público a se imiscuir nas relações entre agentes de uma cadeia econômica de modo a tornar obrigatoriamente acessível para terceiros concorrentes informações sensíveis, como as relações de clientela.

Violação do princípio constitucional da neutralidade concorrencial do Estado

Não se deve olvidar que a instituição de um sistema de *Open Insurance* não significa que dados privados sejam disponibilizados publicamente de graça, uma vez que dados de seguros relacionados à fixação de preço ou avaliação de riscos são ativos valiosos acumulados ao longo dos anos pelas empresas, utilizados para construir sua experiência e reputação.

Ora, na imposição de compartilhamento sem ônus, é possível também perceber, por consequência, não só que haveria uma injustificada intervenção estatal no domínio econômico, mas até mesmo uma sutil e sub-reptícia expropriação de propriedade privada.

Tenha-se em conta, nessa linha, o art. 4º da Lei nº 13.874/2019 determina ser dever da administração pública, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação, evitar o abuso do poder regulatório, caracterizado, dentre outras maneiras, pela criação indevida (I) de reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes, somada à demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional (art. 4º, inc. VI). O dispositivo do art. 4º pressupõe, ao revés, uma obrigação-de- equalização imposta ao próprio poder público, a refreá-lo contra a instauração de desigualdades de chances e o aprofundamento de desigualdades econômicas.

Ora, a Resolução desconsidera o fato de que a SUSEP não possui poder de fiscalização sobre entidades que não fazem parte do Sistema Nacional de Seguros Privados e que não poderá punir tais empresas, que sequer serão alcançadas pela Resolução CNSP nº 393/2020,

caso venham a descumprir o ato normativo que vier a ser editado. Mesmo que se entenda que a não sujeição à fiscalização da SUSEP não seja um efetivo problema, não se pode ignorar que a participação de atores totalmente estranhos ao setor traz graves riscos de dano à concorrência.

A Resolução, nessa medida, fere o princípio constitucional da neutralidade concorrencial do Estado, posto que as relações competitivas entre empresas concorrentes em igualdade de condições submetem-se a uma diferença que passa a existir em virtude da própria Resolução.

Sociedades iniciadoras de serviço de seguro: exigência de lei complementar.

As sociedades iniciadoras de serviço de seguro (“SISS”) são, obrigatoriamente, participantes do sistema de *Open Insurance* (Art. 6º, II, a). Os requisitos para seu credenciamento e funcionamento devem ser disciplinados pela Susep (Art. 8º).

Ora, da maneira como está sendo construído pela Susep, o Sistema de Seguros Aberto amplia, mediante simples resolução, a lista de empresas autorizadas a acessarem o ambiente *Open Finance*, que passará a incluir as sociedades iniciadoras de serviço de seguro (“SISS”) como participante do *sandbox* regulatório da Susep.

Ora, o seu reconhecimento no Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado atualmente pelo Decreto-lei de 21 de novembro de 1966, recebido como lei complementar nos termos do art. 192 da Constituição Federal, levanta um sério problema de competência do órgão regulador. O Decreto-lei enumera taxativamente as entidades que constituem o Sistema: o Conselho Nacional de Seguros Privados CNSP, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; os resseguradores, as Sociedades autorizadas a operar em seguros privados, os corretores habilitados.

Com relação a essa enumeração, importante apontar que a SISS não é uma corretora de seguros: a exigência de que seja uma sociedade anônima, exclusivamente digital, afasta essa possibilidade. Ademais, a SISS pode, eventualmente, ser remunerada diretamente pelo cliente.

Trata-se, portanto, de uma figura nova, criada mediante resolução, para o que a Constituição Federal prevê competência legislativa e lei complementar.

O comando constitucional (art. 192) se exterioriza da seguinte forma:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade (...).

Com tal abrangência de atuação, o sistema financeiro nacional depende todo de lei complementar, isto é, enquanto norma comportamental, deve ser regulado por lei complementar. Não por simples resolução. A inconstitucionalidade pode ser arguida.

A cautela da EIOPA

A importância do paper da EIOPA foi reconhecida na exposição de motivos para a proposta de submissão, para consulta pública, das minutas da Resolução CNSP e Circular Susep que viriam a regulamentar o *Open Insurance* no Brasil.

De se notar que, apesar de a experiência europeia com o compartilhamento de dados no mercado financeiro anteceder em ao menos três anos a brasileira, a abordagem europeia no que tange à instituição do *Open Insurance* tem sido de maior cautela e participação dos atores envolvidos que a experiência brasileira. Isso fica evidente no referido paper, quando a Autoridade dedica considerável espaço a analisar tantos riscos quanto possível, sob o ponto de vista dos consumidores, das sociedades participantes do *Open Insurance* e dos órgãos de supervisão.

É este o meu parecer,

smj



Tercio Sampaio Ferraz Junior

São Paulo, 19 de outubro de 2021.





JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Comentário em contraponto à decisão do STJ no REsp nº 1.787.318 de que atropelamento por ônibus é acidente de consumo, mesmo não havendo vítimas entre os passageiros

“...cidadão que acena para a carruagem já vincula um pré-contrato e, ao entrar nela perfaz o contrato tácito, adquirindo e consumindo o serviço de transporte para ser conduzido ileso ao seu destino...”
Jean Jacques Rousseau - Sec. XVIII. Precursor da Teoria do Contrato/Contrato Social.

Ricardo Bechara Santos¹

Resumo: Trata-se de decisão de interesse do setor de seguros, na medida em que o transporte de passageiros possua seguro de responsabilidade civil para cobrir danos a terceiros, como não raro acontece, considerando-se que a prescrição quinquenal prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor,² aplicada contra a transportadora por atropelamento de transeunte, acaba resvalando para o segurador, posto que de prazo maior do que o da prescrição trienal que deveria correta e normalmente ser aplicada em face do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil,³ que regula o prazo da prescrição de pretensão por reparação civil (*responsabilidade civil extracontratual*)

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.

² Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

³ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil; (...).

on ex delicto). No caso, como se verá mais adiante, inexiste *responsabilidade civil contratual*, hipótese em que, se ocorrente, poderia restar aplicado prazo ainda maior de prescrição conforme orientação jurisprudencial do próprio STJ pela incidência do *prazo geral decenal* do artigo 205 do Código Civil, por entender a Corte que a prescrição trienal prevista no mencionado artigo 206, § 3º, inciso V, restringe-se às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual (ver EREsp nº 1.280.825-RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. 2ª Seção. J. em 27/06/2018). Senão, vejamos no item 1 destes comentários a ementa que ali se transcreve, do acórdão que ora nos propomos comentar.

Abstract: This is a decision in the interest of the insurance sector, insofar as the transport of passengers has civil liability Insurance to cover damages to third parties, as not infrequently happens, considering that the five-year statute of limitations provided for in article 27 of the Consumer Protection Code[1], applied against the carrier for running over a passerby, ends up slipping to the insurer, since it lasts longer than the three year prescription that should correctly and normally be applied in the face of article 206, §3., item V, of the Civil Code[2], which regulates the statute of limitations for claims for civil compensation (ex-delicto or extra-contractual civil liability). In this case, as will be seen later, there is no contractual civil liability, in which case, if it occurs, an even longer period of prescription could be applied according to the jurisprudential guidance of the STJ itself due to the incidence of the ten-year general period of article 205 of the Civil Code, as it understands the Court that the three-year statute of limitations provided for in the aforementioned article 206, § 3, item V, is restricted to cases of non-contractual civil liability (see EREsp Nº 1.280.825-RJ, reported by Minister Nancy Andrighi. 2nd Section. J. on 06/27/2018). If not, let us see in item 1 of these comments the summary that is transcribed there, of the judgment that we now propose to comment on.

Palavras - chave: Consumidor. Consumidor por equiparação (*bystander*). Acidente de consumo. Acidente de trânsito. Atropelamento. Responsabilidade civil extracontratual e contratual. Prescrição. Hermenêutica.

Keywords: Consumer. Consumer by equivalence (*bystander*). Consumption accident. Traffic accident. Run over. Extra contractual civil liability. Prescription. Hermeneutics.

Sumário: 1. A ementa; 2. Nota introdutória; 3. Comentários; 4. O *Bystander*; 5. Conclusão. 6. Referências onomásticas.

A EMENTA

RECURSO ESPECIAL nº 1.787.318. DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGADO ACIDENTE DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE

TRANSPORTE DE PESSOAS. ATROPELAMENTO. CONSUMIDOR POREQUIPARAÇÃO. INCIDÉNCIA DO CDC. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. *Demanda indenizatória ajuizada por pedestre atropelado por ônibus durante a prestação do serviço de transporte de pessoas.*
2. *Enquadramento do demandante atropelado por ônibus coletivo, enquanto vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC (“bystander”), não sendo necessário que os consumidores, usuários do serviço, tenham sido conjuntamente vitimados.*
3. *A incidência do microssistema normativo do CDC exige apenas a existência de uma relação de consumo sendo prestada no momento do evento danoso contra terceiro (bystander).*
4. *Afastamento da prescrição trienal do art. 206, §3º, inciso V, do CCB, incidindo o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do CDC.*
5. *Não implementado o lapso prescricional quinquenal, de terminação de retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que lá se continue no exame da pretensão indenizatória.*
6. *Recurso Especial Provido.*

2 - NOTA INTRODUTÓRIA

Proposital a citação inaugural de *JEAN JACQUES ROUSSEAU*, para lembrar entendimento, longevo e clássico, de que o atropelado nem expressa nem tacitamente contratara ou pretendera contratar o serviço de transporte de pessoas, nem consumira ou utilizara de tais serviços ou tampouco pretendera fazê-lo, configurando-se, assim, o atropelamento, como passível de reparação pelos fundamentos da *responsabilidade civil extracontratual* - inclusive em relação à prescrição -, jamais pela *responsabilidade civil contratual*, muito menos em decorrência de contrato consumerista a ponto de ser regido pelos cânones do CDC, já que nenhuma relação de consumo ou contratual existira no sinistro examinado, entre o atropelado e o atropelador.

Sempre oportuno lembrar que a *responsabilidade civil extracontratual*, segundo a melhor doutrina, decorre de uma lesão ao direito de alguém sem que haja qualquer liame obrigacional anterior entre o agente causador do prejuízo e a vítima; enquanto a *responsabilidade civil contratual* se origina da inexecução contratual. Aqui, não se há falar da existência de

qualquer contrato, seja real ou no plano ficcional da equiparação, por isso não se pode dizer que tenha havido inexecução contratual, razão pela qual o atropelado não pode nem deve ser considerado consumidor final por equiparação (*bystander*).

Força é reconhecer, ainda em sede introdutória, que a responsabilidade civil é um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem, mas não ao ponto de se criar situações em desacordo com os seus fundamentos básicos. Realmente, nos últimos tempos e desde os primórdios, a tendência é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação (*neminem laedere*) e devendo ela ser a mais ampla possível (*restitutio in integrum*). Isso se reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização.

Realmente, por mais que se queira unificar a responsabilidade civil contratual e a extracontratual; por mais que o nosso sistema aponte não ser estanque a divisão entre esses dois tipos de responsabilidade; por mais que haja uma simbiose entre elas, considerando que por vezes regras previstas no Código Civil para a responsabilidade contratual são também aplicáveis à responsabilidade extracontratual (artigos 393, 402 e 403),⁴ ainda prevalece a teoria dicotômica, em detrimento da teoria monista. E é por isso que o STJ tem orientado sua jurisprudência no sentido de aplicar a prescrição decenal para a responsabilidade contratual, e a trienal para a responsabilidade extracontratual (REsp nº 1.280.825-RJ, 2^a Seção. J. em 27/06/2018), embora se entenda que tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente, mas a distinção existe e está na sede desse dever. Não é sem razão, como pondera Sergio Cavalieri,⁵ que se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, tendo os deveres como fonte os contratos. Mas, se a transgressão se refere a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, posto que gerado fora do contrato ou fora dos negócios jurídicos.

Realmente, argua-se, apenas para ilustração, o Código de Defesa do Consumidor ameniza de certa forma a clássica distinção no

⁴ Cavalieri, Sergio, em Programa de Responsabilidade Civil, 6^a edição, pg. 39.

⁵ Obra citada pg. 38.

que respeita à responsabilidade do fornecedor, ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo. Hipótese em que a responsabilidade do fornecedor se submete a um tratamento unitário, considerando que o fundamento dessa responsabilidade seja a violação do dever de segurança, face ao defeito do produto ou do serviço lançado no mercado ser causa de um acidente de consumo, independente de que seja a relação de consumo contratual ou não.⁶ Tal, no entanto, não tem o condão de transformar, como num passe de mágica, um acidente de trânsito por atropelamento de vítima que não consumiu ou utilizou o serviço do atropelador (art. 2º do CDC, conforme mais adiante transcrito em nota de rodapé), em um acidente de consumo e, por conseguinte, atrair e transgredir o prazo prescricional trienal de uma reparação civil extracontratual previsto no CC, para o prazo de prescrição quinquenal previsto no CDC. É que o atropelamento, no caso em exame, não pode nem deve ser enquadrado no artigo 17 do CDC.⁷

3 - OS COMENTÁRIOS

Com efeito, a decisão em referência, que aplicou o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC, para favorecer pessoa atropelada por auto coletivo de passageiros, por aplicação, a meu ver extravagante, do art. 17 do mesmo CDC (*prevê a figura do bystander ou consumidor por equiparação*), mesmo, como no caso, a despeito de não haver vítimas transportadas no momento do atropelamento, ou seja, ainda que o veículo estivesse trafegando vazio, sem nenhum passageiro consumidor do serviço de transporte coletivo (*nesse caso sequer haveria um consumidor presente para como tal ser equiparado à pessoa atropelada*), ainda que o atropelamento não se devesse a culpa comprovada do condutor, ou defeito do fabricante do veículo ou das peças, ou do serviço de transporte.

Com o devido respeito e com todas as vêniás, a decisão transforma em uma relação de consumo, casuisticamente, um caso típico de acidente de trânsito por atropelamento de transeunte, naturalmente regido pelo instituto da responsabilidade civil extracontratual, por isso alcançado pela prescrição extintiva trienal a que alude o artigo 206, § 3º, inciso V do CC. Não sem observar que, neste processo, o

⁶ Obra citada pg. 39.

⁷ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

juiz sentenciante e o Tribunal de Justiça do RJ entenderam diferente por decisão fundamentada, não reconhecendo aplicável o CDC, posto que não decorreria o atropelamento *de qualquer relação de consumo, mesmo que indireta entre a vítima e a empresa proprietária do veículo atropelador ou seu condutor...* É dizer, por cuidar-se não de um acidente de consumo, mas de um acidente de trânsito.

Equiparar, pois, transeunte atropelado a consumidor de um transporte não utilizado ou sequer pretendido, já que no momento do atropelamento o atropelado encontrava-se de costas para o veículo atropelador e exercendo o seu trabalho de gari, afasta indevidamente todo elenco de situações menos favoráveis à vítima estabelecidas no CC (*prescrição trienal, responsabilidade subjetiva da culpa,8 não inversão do ônus da prova e outras situações específicas*). Se a moda pega, decerto poderá surgir uma legião de *bystanders* a reivindicar igual tratamento nas inúmeras situações similares: atropelamentos por taxistas e operadores de UBER, transportadores aquaviários e aéreos etc. A imaginação, sabemos todos, é por demais fértil: quem sabe até mesmo terceiros se dizendo consumidores por equiparação do seguro de responsabilidade civil facultativo, mesmo a despeito de que, consoante a Súmula nº 529

⁸ A jurisprudência dominante é no sentido de caracterizar como objetiva a responsabilidade das empresas concessionárias de serviços de transporte coletivo de passageiros na medida em que estaria exercendo serviço público, a teor do que dispõe o artigo 37, § 6º da CF/88, baseada no **risco administrativo** e não no risco integral, comportando por isso algumas exceções como é caso, por exemplo, de culpa exclusiva da vítima. Todavia, considerando que essa responsabilidade objetiva se assenta na **teoria do ato administrativo**, subsiste fundada controvérsia, inclusive na doutrina, de que não se aplicaria em caso de atropelamento, mas, quando muito em relação aos danos causados aos passageiros. É que o ato de dirigir veículos, em verdade, não deveria ser confundido ou interpretado como um ato administrativo, assim como acidente de trânsito em regra não deve envolver relação de consumo. A tese que aflora do artigo 37, § 6º da CF/88 não está a salvo de resistências e divergências, justo por se ostentar na **teoria do ato administrativo** como fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado e, consequintemente, das empresas concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos. Sensível a esse entendimento, a jurisprudência paulista, por exemplo, chegou a se manifestar nesse sentido, do que dá mostra as ementas a seguir transcritas: - 1º) *Em se tratando de acidente de trânsito, a questão deve ser focada pelo ângulo da responsabilidade subjetiva, pois não se pode interpretá-la sob a modalidade do risco administrativo. O ato de dirigir veículo não pode ser confundido ou interpretado como sendo um ato administrativo, ou*

do STJ,⁹ é vedado o ajuizamento da ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano, já que o terceiro não é parte do contrato de seguro.

Entendo que o consumidor por equiparação a que se refere o art. 17 do CDC (*bystander*) não pode ser outro que não aquele que, em conexão com os termos do art. 2º do código¹⁰ adquire, consome ou utiliza produto ou serviço como destinatário final por tabela, por isso há de estar para tanto caracterizada uma relação de consumo mesmo que indireta. Exemplo clássico disso é a pessoa que, convidada para uma festa, efetivamente consome alimentos estragados ou se utiliza de serviços defeituosos adquiridos pelo anfitrião, oferecidos e servidos aos convidados e, nessa condição, venha a sofrer danos causados pelo consumo. A interpretação no caso, segundo a melhor regra de hermenêutica, há de ser a sistemática, pela qual se coteja o dispositivo que se quer aplicar (art. 17 do CDC) com outros da mesma lei a que pertencem (CDC, no caso com seu art. 2º), é dizer, a norma não pode nem deve ser vista de forma isolada (*confira-se com a doutrina de Carlos*

seja, manifestação da Administração Pública, que, agindo em tal qualidade, procura adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou, ainda, impor obrigações aos administrados ou a si própria (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de SP - Terceira Câm. Apel. 384952 - Rel. Juiz Marcondes Machado. Julg. em 12.01.88 - In Rui Stoco, Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial, pág. 280). 2º) Não se aplica o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, quando se trata de colisão de veículos (TJSP - Sexta C. Civ. Apel. Rel. Des. Vieira de Moraes. Julg. em 13.12.75 - RT 509/141). - 3º) Em se tratando de acidente de veículos, é entendimento desta Câmara que não se aplica na hipótese a teoria do risco administrativo, devendo, em consequência, ser provada a culpa da Administração (Primeiro TACSP Quinta C. Cível Rel. Maurício Vidal - Julg. em 14/06/89 - RT 645/113). Afinal, concessionárias são empresas estritamente privadas, cujo liame com o Estado é apenas uma concessão ou permissão para operar serviço de transporte, sem qualquer outra relação com a administração pública direta, indireta ou fundacional, como vislumbra o caput do art. 37 da Constituição Federal, ao qual o seus parágrafos devem se vincular. (Revista Jurídica de Seguros-CNseg nº 7, pg 62/64, Santos, Ricardo Bechara).

⁹ Súmula nº 529: No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.

¹⁰ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

*Maximiliano)*¹¹ eis que, afinal, assim como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor é um sistema de vasos comunicantes onde os dispositivos interagem no seu conjunto.

No caso do atropelamento objeto da decisão que ora comentamos, não há nem pode haver relação de consumo, direta ou indireta, entre a empresa de ônibus e a pessoa atropelada, considerando-se que a vítima não consumira nem estava para consumir o serviço de transporte coletivo, pois a responsabilidade do atropelador ou da empresa responsável pelos danos pessoais ou materiais causados ao atropelado, é puramente extracontratual, por isso regida pelo Código Civil, diferente da responsabilidade contratual própria de uma relação de consumo que pressupõe a existência de um contrato, no caso entre consumidor e fornecedor do serviço de transporte de passageiros, condição que o atropelado não tinha, já que transeunte não solicitante do serviço, posto que gari, que no momento laborava na coleta de lixo.

Consumidor, direto ou indireto, convenhamos, é aquele que tem legitimidade para reclamar junto ao fornecedor sobre a qualidade dos serviços e postular as demais vantagens que o CDC lhe confere. Aqui, o atropelado mais não tem do que, em juízo ou fora dele, pleitear a indenização devida contra o responsável pelo atropelamento, com base nos elementos que informam e conformam o instituto da *responsabilidade civil extra contratual* e dentro do *prazo trienal de prescrição* estabelecido no CC. Fora disso, ou seja, equiparar a consumidor um atropelado que não consumiu o serviço oferecido e prestado pelo atropelador ou que dele não se utilizou, significa violar frontalmente o devido processo legal substantivo nas vertentes dos *princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade*.

4 - O Bystander

Bystander, nome emprestado ao consumidor por equiparação, na sua melhor tradução do inglês para o português, nada mais é do que um espectador (*com s*, *não com x*), uma pessoa presente, um curioso, ou uma pessoa circundante (*confira-se com o verbete respectivo no Dicionário Inglês-português ANTÔNIO HOUAISS*), no caso, é claro, circundante ou presente a uma relação de consumo onde se haja consumido produto ou serviço ainda que não se tenha por eles pago, justamente como no clássico exemplo dos comensais de uma festa antes mencionado.

O transeunte atropelado quando exercia o seu serviço de varrição de uma rua pública, decerto não pode nem deve ser considerado um

¹¹ Maximiliano, Carlos, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense Rio, 9^a edição/ 2^a tiragem.

espectador ou uma pessoa presente em uma relação de consumo, tampouco nutrir a expectativa de quem possa se beneficiar das benesses do Código Consumerista e com isso se prevalecer, dentre o mais, de um prazo maior de prescrição para suas pretensões indenizatórias não decorrentes de um contrato, mas de um ato ilícito extracontratual.

5 - CONCLUSÃO

Na prática, tanto a *responsabilidade contratual* como a *extracontratual* dão ensejo à mesma consequência jurídica: a obrigação de reparar o dano. Desta forma, aquele que, mediante conduta voluntária, transgredir um dever jurídico, existindo ou não negócio jurídico, causando danos a outrem, deverá repará-lo. Mas no que tange ao prazo de prescrição extintiva da obrigação, é pacífico o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de ser ele em regra de três anos, não de cinco ou de dez anos, para a hipótese de o dano se originar de um ato ilícito extracontratual como ocorreu no caso.

Aqui, o nosso contraponto é no sentido de, com todas as vêniás e *sub censura* dos doutos, discordar da decisão tomada no julgamento do REsp nº 1.787.318 da Terceira Turma do STJ, que mandou aplicar o *prazo prescricional quinquenal* estabelecido no artigo 27, combinado com o artigo 17, ambos do CDC, no pressuposto de que uma pessoa atropelada (*ato ilícito extracontratual*), mesmo que não tenha consumido nem pretendido consumir o serviço de transporte comercializado pela empresa responsável pelo atropelamento. Eis que, a nosso ver, o atropelado não poderia ser equiparado a um consumidor final ou por equiparação (*bystander*), já que, sendo o CDC um sistema de vassouras comunicantes, o seu artigo 17 haveria de estar em conexão e sintonia com o que dispõe o seu artigo 2º que, para esse efeito, pressupõe a aquisição ou utilização de produto ou serviço como destinatário final, intervindo na relação de consumo, o que efetivamente não se deu no caso.

6 - REFERÊNCIAS ONOMÁSTICAS

- . Antônio Houaiss
- . Carlos Maximiliano
- . Jean Jacques Rousseau
- . Nancy Andrichi
- . Ricardo Bechara Santos
- . Sergio Cavalieri Filho

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg

- 1.** *O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.*
- 2.** *A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.*
- 3.** *Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.*
- 4.** *Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.*
- 5.** *As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.*

Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. Revista dos Tribunais, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. *Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:*

Doutrina - 10 a 30 laudas

Opinião - 05 a 15 laudas

Pareceres - 10 a 30 laudas

Legislação e Jurisprudência Comentada - 05 a 15 laudas

Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois.

7. *Os destaques no texto deverão ser feitos em itálico. É vedado o uso de negrito ou sublinhado.*

8. *Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de itálico e 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 16º número da Revista Jurídica de Seguros com um cenário jurídico que adotou e absorveu digitalização em todos os setores, aí entendido também o judiciário, com a proliferação de eventos à distância e ainda o tímido retorno aos congressos e seminários presenciais. Entretanto, algumas questões relevantes estão por ter uma definição final, requeridas que foram por equívocos que o artigo de autoria de **Luiz Gustavo A. S. Bichara, Francisco Carlos R. Giardina e Fabio Ramos de Souza** que abre a revista, trata de forma objetiva e profunda, como é o caso “da natureza privada e o caráter social do DPVAT”, esclarecendo eventuais dúvidas sobre a “velha divisão entre direito público e direito privado” ao qual se segue artigo, também esclarecedor de **Ricardo Bechara Santos** sobre “A lógica da cláusula de depreciação no seguro de dano em caso de perda total, à luz do princípio indenitário”. Fechando a seção Doutrina, o excelente texto de **Leonardo David Quintanilha de Oliveira**, “Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos”. A seção Opinião se abre com excelente análise e dissecação de artigos da Res. CNSP/SUSEP 393/2021 e correlatos, por **Luiz Alfredo Paulin**, no artigo “Breves notas às infrações administrativas aos mecanismos de supervisão do mercado de seguros”. Segue, por **Henrique A. F. Motta e Maria da Gloria Faria**, o artigo “Metaverso: algumas reflexões sobre esse (ainda) pouco conhecido mundo novo e suas possíveis relações e impactos nos seguros”, assunto apresentado por Henrique no XIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE SEGURO E PREVIDÊNCIA, em Gramado (abril 2022). Ainda dentro de Opinião **Katia O'Donnell** nos traz “A mediação extrajudicial como instrumento de transformação de conflitos na Saúde Suplementar” e **Rodrigo da Guia Silva** nos fala sobre “Equilíbrio contratual nas relações securitárias”. Importante ressaltar os dois pareceres que enriquecem esta edição, “Impossibilidade de criação das Siss por ato infralegal” do brilhante **Gustavo Binenbojm** e “Riscos na Implementação do Open Insurance no Brasil” por **Tercio Sampaio Ferraz Junior** que se complementam com bases sólidas sobre os temas. Fechando a edição, em Jurisprudência, temos o “Comentário em contraponto à decisão do STJ no REsp nº 1.787.318 de que atropelamento por ônibus é acidente de consumo, mesmo não havendo vítimas entre os passageiros”.

