

NOVEMBRO 2021

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

15

# REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVEMBRO 2021

15

# REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

---

NOVEMBRO DE 2021 - NÚMERO 15



© 2021. Revista Jurídica de Seguros - *Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg*

**Presidente**

Marcio Serôa de Araujo Coriolano

**Editor**

Paulo Amador

**Organizadora**

Maria da Gloria Faria

**Conselho Editorial**

Ana Tereza Basilio, André Faoro, André Tavares,  
Angélica Carlini, José Inácio Fucci, Luiz Felipe Pellon,  
Luiz Tavares Pereira Filho, Márcio Malfatti,  
Maria da Gloria Faria, Paulo Amador,  
Rafael Barroso Fontelles, Ricardo Bechara Santos,  
Rodrigo Falk Fragoso, Salvador Cícero Velloso Pinto,  
Sérgio Mello, Solange Beatriz Palheiro Mendes,  
Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 15. Rio de Janeiro: CNseg, novembro de 2021.

298 pp.

- Direito do Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência
- Direito e Organização Internacional do Seguro
- Operação do Direito em matérias afins ou próximas do Direito do Seguro

ISSN 2359-1447

Publicação sem valor comercial. Distribuição gratuita.

As opiniões e os conceitos externados em artigos publicados nesta revista são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

*Informações para contato:*

Rua Senador Dantas 74, 16º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 Tel. 21 2510 7777 - [www.cnseg.org.br](http://www.cnseg.org.br) - email: [revistajuridica@cnseg.org.br](mailto:revistajuridica@cnseg.org.br)

## EDITORIAL

Caros Leitores e Leitoras,

Como é de amplo conhecimento, a Conseguro, conferência realizada pela CNseg a cada dois anos, é, sem favor, o maior evento técnico e acadêmico do país sobre seguro, previdência complementar aberta, capitalização e saúde suplementar. Neste ano, em tempos ainda de pandemia, o encontro foi virtual, tanto quanto recomendava a prudência, sendo que os painéis de exposição e debates se estenderam por cinco dias.

Na área do Direito, cumpre assinalar a palestra admirável do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, sobre Segurança Jurídica, exposição que acabou por inspirar o presente Editorial. De fato, trata-se de tema suficientemente amplo ao lembrar conceitos e desenvolver ideias, em matéria relevante e compreensível por um público diversificado. E para degustação dos leitores, vale a transcrição de passagens da referida palestra, que aqui são apresentadas em estado bruto, sem a revisão do autor:

*(...) Os investidores do mundo todo buscam, hoje, na segurança jurídica que cada país oferece, uma direção para a alocação de seus recursos. O país que não oferece segurança jurídica é alijado do business pela falta de previsibilidade. A segurança jurídica é sinônimo de previsibilidade, essencial para afastar o risco Brasil. O investidor estrangeiro procura saber o que vai acontecer se surgir um litígio (...)*

Destacando que o cidadão, no estado de direito, não pode ser surpreendido por mudanças retroativas, o Ministro citou a nova lei relativa aos planos de seguro-saúde, enfatizando que a legislação não pode retroagir, atingindo direitos já adquiridos: *foi assim quando surgiu a nova lei do seguro saúde. O STF estabeleceu que não poderia ser aplicada aos contratos elaborados sob a vigência da lei revogada.*

Mas o Brasil vive presentemente *uma situação de exceção dentro do estado de direito, devido ao flagelo da pandemia*, lembrou o Ministro Fux, ao manifestar sua solidariedade às vítimas. *Não são nomes, não são números, são pais, avós, filhos. Todos nós sofremos com isso*, afirmou, acrescentando *que as regras jurídicas são estabelecidas para momentos de normalidade*, tanto que a lei da liberdade econômica vem a permitir que as partes rompam os acordos estabelecidos quando as obrigações se tornam demasiadamente onerosas.

Por isso mesmo, em situações de excepcionalidade temporária, como a que o Brasil vive, os pactos podem ser flexibilizados, tal como vem ocorrendo com *a redução da carga horária semanal e a redução de salários, por acordo autorizado pelo STF, sem a interferência dos sindicatos, para preservar empregos e evitar o fechamento de empresas*. O Direito Brasileiro *procura o cumprimento dos pactos, mas não há como não conviver com a cláusula da imprevisão*, assinalou. Em seu entendimento, *a litigância desenfreada gera preocupação no campo da segurança jurídica. Ninguém aguenta esperar uma eternidade para a resolução de seu processo. Todo processo deve ter uma duração razoável porque a Constituição estabeleceu como direito fundamental esse prazo razoável. A segurança jurídica é previsibilidade e uma questão de justiça, natural ao estado de direito*, concluiu o Ministro Fux.

Sim, a melhor doutrina dá razão ao Ministro Fux quando afirma que a segurança jurídica é natural ao estado de direito. Com efeito, ensina J.J. Gomes Canotilho que *desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança, elementos constitutivos do Estado de Direito*. A que se pode acrescentar, a título de ilustração, a definição de José Afonso da Silva para a segurança jurídica, entendida como *o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida*.

Em síntese, pode-se dizer, simplificadamente, que a segurança jurídica é a certeza que o cidadão deve ter de que, tendo agido sob o império da lei vigente, os atos então praticados e as situações juridicamente consolidadas não serão prejudicados por lei posterior.

E aqui, abre-se um parêntesis para uma brevíssima incursão pela literatura, em que vale citar a célebre frase da obra *O Leopard* de Giuseppe di Lampedusa: *...todas as coisas devem mudar para continuarem as mesmas.*

O prezado leitor e a distinta leitora poderiam perguntar o que isso tem a ver com a segurança jurídica? Talvez não muito. Ou quase nada. Mas parece interessante pensar que a lei recém-editada, sem forças para mudar as situações consolidadas, abre espaço para as coisas continuarem as mesmas....

Fechado o parêntesis, e agora aterrissando no campo mais concreto da aplicação do Direito do Seguro, cabe ponderar que a segurança jurídica, assim como a liberdade, demanda permanente vigilância, de modo a impedir que prevaleça a destruição das expectativas legítimas, tendência essa produzida seja por meio de atos legislativos prejudiciais, editados por entidades incompetentes (no sentido jurídico), seja por novas e distorcidas interpretações das normas pelos tribunais e autoridades administrativas.

No que diz respeito a esse dever de diligência, a CNseg tem cumprido a sua parte na busca da segurança jurídica e da proteção à confiança esperada. E o faz de duas formas: por meio de sistemática organização de seminários jurídicos com a participação de magistrados e técnicos do setor; e através da atuação direta em processos judiciais, quer como autora quer na qualidade de *amicus curiae*.

Quanto à organização de conferências e seminários, cabe destacar a realização, ainda em novembro passado, do 4º Seminário Jurídico de Seguros com o STJ. A propósito, a Revista Jurídica de Seguros traz, nesta edição, à guisa de anais desse evento, a transcrição (sem revisão dos autores) das palestras proferidas por três Ministros do STJ e por um Juiz de Direito. Os temas dos quatro painéis são instigantes e se inserem nas próximas pautas de julgamentos do chamado Tribunal da Cidadania. É leitura obrigatória para quem deseja atualizar-se acerca dos assuntos do setor, ainda pendentes de definição jurisprudencial.

No tocante à atuação direta da CNseg nos processos judiciais, há muito a ressaltar mesmo atendo-se o relato às decisões obtidas em 2021. São várias as iniciativas destinadas a fazer valer o comando constitucional, que impõe a necessidade de legislação federal para regular os seguros, e a observância das interpretações já assentadas na doutrina ou na jurisprudência.

E isto, em que pese o reconhecimento de que a possibilidade de mudança de orientação possa vir a ser inevitável, o que representaria insegurança jurídica se a inovação introduzida não envolver os cuidados técnicos necessários (p.ex. modulação dos efeitos) e, sobretudo, se não for implementada no tempo certo. Efetivamente, há tempo certo para as mudanças, pois, como asseverava Victor Hugo, *nada é tão poderoso como uma ideia cujo tempo chegou*.

Pois bem, é fato que os grandes temas de interesse do setor segurador estiveram sob análise permanente das instâncias judiciais neste ano, com participação ativa da CNseg e das suas Federações, quer na condição de autores, como donos da iniciativa em matérias constitucionais, quer na qualidade de *amicus curiae*, levando fundamentos técnicos e jurídicos para auxiliar na formação do convencimento dos julgadores.

Muitos resultados foram, indiscutivelmente, positivos. Por oportuno, cabe citar alguns, a começar pelas ADIs ajuizadas pela CNseg e julgadas pelo STF. Na saúde suplementar, destacam-se três decisões, relatadas por diferentes Ministros, que reconheceram a violação, por leis estaduais, da competência privativa da União para legislar sobre seguros e Direito Civil.

A preservação das relações contratuais do seguro, que devem ser submetidas a regras uniformes em todo o território nacional, também foi a linha mestra para reconhecer a inconstitucionalidade de leis estaduais diversas, a exemplo da decisão proferida na ADI nº 6123, que invalidou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor do Estado de Pernambuco em relação a artigos que vedavam às operadoras de planos e seguros de saúde a exigência de caução e honorários médicos e as obrigavam a procurar vagas em unidades conveniadas que atendam os pacientes assegurados. Além disso, foi contemplado outro pedido da CNseg, com julgamento em ação distinta, quanto à declaração de inconstitucionalidade de artigos que concediam ao segurado a liberdade de escolha em relação ao estabelecimento prestador de serviços, nos seguros de automóveis.

Em âmbito infraconstitucional, houve vários julgados relevantes no STJ envolvendo o setor de seguros, inclusive em matérias repetitivas. O mais emblemático ocorreu no Incidente de Assunção de Competência nº 02, em que a Segunda Seção, na última das sessões de julgamento do Colegiado ocorridas em 2021, reconheceu como anual o prazo prescricional da pretensão do segurado contra segurador e vice-versa,

em relação aos deveres principais, secundários e anexos do contrato de seguro. Este acórdão específico é objeto de comentários do Dr. Ricardo Bechara na Seção de Jurisprudência deste número da Revista.

Outro tema de relevo trata da não incidência do ITCMD nos produtos VGBL, pois seu caráter securitário, com estipulação em favor do terceiro beneficiário, posiciona-o entre os bens excluídos da sucessão hereditária. Apesar de consistir em um caso concreto julgado pela Segunda Turma, este precedente poderá nortear decisões em Representações de Inconstitucionalidade contra leis estaduais. Trata-se, mais uma vez, de garantir a segurança jurídica para aqueles que contrataram esse seguro para fins de planejamento sucessório, por acreditarem na legislação que considera o VGBL seguro de vida e, como tal, insusceptível de integrar a herança, inclusive para fins de não incidência do ITCMD.

Em resumo, o tema da segurança jurídica é definido de forma clara e precisa no artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito do Brasileiro, introduzido pela Lei 13.655, de 2018, merecidamente conhecida como lei da segurança jurídica. Ao cuidar do tema segurança jurídica, o texto do aludido art. 24, figura como poderoso comando:

*Art. 24 – A revisão nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*

*Parágrafo único – Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento.*

Espera-se que se tenha atingido o objetivo de costurar o texto meio fragmentado do presente Edital com o fio condutor do princípio da segurança jurídica. Nos dias que correm – que o Ministro aposentado do STF Marco Aurélio chamava de tempos estranhos – não parece ocioso insistir na reiteração de princípios que os brasileiros já consideravam consolidados.

**Luiz Tavares Pereira Filho**

*Consultor Jurídico*

# **Índice**

---

## **Editorial**

Luiz Tavares Pereira Filho

**5**

## **Palestras do IV Seminário Jurídico de Seguros**

Dever de Informação do Estipulante no Seguro de Vida

Luis Felipe Salomão

**16**

Critérios de Correção das Dívidas Judiciais Civis

João Otávio de Noronha

**21**

Exercício Irregular da Atividade Seguradora – Mercado Marginal dos Seguros

OG Fernandes

**26**

NatJus – Instrumentos de apoio técnico às decisões judiciais

Valter Shuenquener

**32**

## **Doutrina**

A desnecessária autorização pública prévia para realização de campanhas de incentivo e distribuição de prêmios a corretores de seguros e sua regularidade do ponto de vista regulatório

André Luiz Freire, Henrique Lago da Silveira e Marcelo Mansur Haddad

**40**

VGBL como seguro de vida: destino do capital segurado em um caso de comoriência do segurado e beneficiários

Ricardo Bechara Santos

**68**

Inteligência Artificial e Seguros – uma abordagem à luz da subscrição de riscos

Angélica Carlini

**86**

## Índice

---

### Opinião

Novas Tecnologias e os Contratos de Seguros – Uma análise a partir do advento dos veículos conectados

Marcelo Barreto Leal

112

O seguro fiança locatícia e o título de capitalização na modalidade instrumento de garantia no contexto da Covid-19

Rachel Goulart Lombardi Zinato

133

LGPD - Conversa com o Judiciário

Glauce Carvalhal

150

Rescindibilidade das decisões judiciais que versam sobre indenizações securitárias DPVAT

Pamela Sabrinne dos Santos Pereira

168

### Parecer

Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização

Ana Frazão

182

### Internacional

Ciber Crimen en Derecho marítimo

Los Ciber riesgos: alcances y prevención

Andrea Signorino Barbat

258

### Jurisprudência

Comentário à decisão do STJ em Incidente de Assunção de Competência, consagrando o entendimento de que o prazo de prescrição em pretensões de segurado e segurador é de um ano, seja qual for a pretensão do segurado em face do segurador e vice-versa. O REsp afetado foi o de nº 1.303.374

Ricardo Bechara Santos

280





# PALESTRAS DO IV SEMINÁRIO JURÍDICO DE SEGUROS

# **Nota Introdutória: IV Seminário Jurídico de Seguros**

Nesta seção da Revista Jurídica de Seguros, será apresentada, à guisa de anais do IV Seminário Jurídico de Seguros, parte das palestras proferidas naquele exitoso evento. Na impossibilidade de reproduzir o conjunto das palestras, todas de elevado valor, foram selecionadas aquelas de autoria de Ministros do Superior Tribunal de Justiça que ilustraram o Seminário e do Juiz Federal Secretário-Geral do CNJ.

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

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

## **- Programação:**

### **Dever de Informação do Estipulante no Seguro de Vida**

Dia 29/11 (segunda-feira), às 10h30, com:

\* Ministro Raul Araújo Filho, do STJ

\* Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ

\* Washington Luis Bezerra Silva, Diretor Jurídico do Grupo Zurich e Presidente da Comissão de Assuntos Jurídicos da CNseg

\* Nilton Molina, Presidente de Conselho de Administração da Mongeral-Aegon

Participação especial na abertura do Presidente da CNSeg, Marcio Coriolano

## **NatJus – Instrumentos de apoio técnico às decisões judiciais**

Dia 29/11 (segunda-feira), às 11h30, com:

- \* Ministro Marco Aurélio Buzzi, do STJ
- \* Valter Shuenquener, Juiz Federal Secretário-Geral do CNJ
- \* Arnaldo Hossepian Júnior, Subprocurador Geral de Justiça de Relações Institucionais, Membro do Comitê do Fórum da Saúde do CNJ
- \* Dra. Fabiane Reschke, Diretora Jurídica Sul América

## **Critérios de Correção das Dívidas Judiciais Civis**

Dia 29/11 (segunda-feira), às 14h30, com:

- \* Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do STJ
- \* Ministro João Otávio de Noronha, do STJ
- \* Edson Luis Franco, Presidente da Zurich Brasil
- \* Armando Castelar, Economista e Professor FGV

## **Exercício Irregular da Atividade Seguradora – Mercado Marginal dos Seguros**

Dia 29/11 (segunda-feira), às 15h30, com:

- \* Ministro Gurgel de Faria, do STJ
- \* Ministro Og Marques Fernandes, do STJ
- \* Jezhiel Pena Lima, Procurador Geral da Susep
- \* Roberto Santos, Presidente da Porto Seguro.

# Dever de Informação do Estipulante no Seguro de Vida<sup>1</sup>

Luis Felipe Salomão<sup>2</sup>

Bom dia a todos que nos acompanham nesta jornada hoje, que vai ser longa, mas muito proveitosa, sobre os aspectos diversos do contrato de seguros, ainda mais nesses tempos de Pandemia que estamos vivendo. Que possamos ter momentos de reflexão sobre essa importante ferramenta para tornar esse período menos incerto e mais seguro, se é que podemos dizer assim, em meio dessa tragédia toda. De modo que tenho muito prazer de poder participar desse encontro com especialistas da matéria; parar um pouco para poder refletir sobre esse tema.

Agradeço tanto a todos que nos acompanham, com uma saudação muito especial ao nosso Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro Humberto Martins. Tenho acompanhado sua dinâmica gestão e também a participação de Sua Excelência nesses eventos, em que refletimos um pouco sobre a matéria jurisdicional, o que é realmente louvável. Fico agradecido porque, no final das contas, é nossa atividade fim. Mas, o presidente emprestar o seu apoio e a sua participação nesses eventos, onde são discutidos temas tão diferenciados no campo do Direito Privado, dá bem a dimensão do relevo, da importância, da autoridade do Ministro Humberto Martins. Por isso, eu agradeço a sua participação neste nosso encontro, emprestando o prestígio e brilho da presidência.

---

<sup>1</sup> Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no IV Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado no formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2021.

<sup>2</sup> Luis Felipe Salomão é Ministro do STJ, Corregedor Geral do TSE. Professor da EMERJ e da escola de Magistratura. Autor de diversos artigos e livros, e palestrante no Brasil e no exterior.

Também cumprimento o Ministro Raul Araújo Filho, nosso companheiro de Quarta Turma e de Segunda Seção, agradecendo a gentileza de suas palavras gentis. Costumo dizer, tomando de empréstimo a expressão de um colega nosso, Ministro Ferreira, que essa seção do Direito Privado é uma espécie de agência reguladora de toda a atividade civil e econômica do nosso País, o que representa uma responsabilidade enorme. Afinal, o STJ é a última palavra na interpretação do Direito infraconstitucional. E nossa tarefa só existe e só será exitosa se conseguirmos balancear todos os interesses que estão em jogo nos diversos segmentos econômicos, e se, além disso, balancearmos os interesses, aplicando de maneira mais correta a Legislação infraconstitucional, com segurança jurídica.

É mais importante fornecer segurança jurídica do que termos um entendimento nosso, que eventualmente achamos correto, em contrapartida ao que o Colegiado já estabeleceu. Então, eu acho que uma das funções primordiais do STJ é nessa linha: fornecer segurança jurídica. Por que estou dizendo isso? Digo, porque estamos vivendo um momento historicamente complexo. E, antes de falar especificamente do tema de nosso painel, que é muito relevante, sobre o qual os que me precederam já fizeram diversas, interessantes e aprofundadas abordagens, eu gostaria de fazer uma introdução sobre o momento atual. Iniciei falando da tragédia da Pandemia; mas, com a outra mão, vou falar um pouco sobre as perspectivas de recuperação do setor econômico.

Estamos vivendo um microssistema legal em que diversos diplomas legislativos nos convidam a refletir sobre a retomada da economia para, com isso, gerar empregos. Temos no Brasil uma das maiores economias do mundo, entre a 10<sup>a</sup> ou 12<sup>a</sup>, e é importante retomarmos esse protagonismo internacional. Para tanto, contamos com um microssistema legal, que visa à recuperação da economia.

Refiro-me que, desde o final de 2019, um pouco antes do início da Pandemia, víhamos embalados com a Lei de Liberdade Econômica n.º 13.874/19, onde se fincaram alguns pilares importantes. Depois, conseguimos aprovar, no final de 2020, a Lei n.º 14.112/20, que fez uma revolução no sistema de insolvência no nosso País. E mais recentemente, algumas leis que tratam desse microssistema legal: a nova Lei de Licitações n.º 14.133/21, e a Lei que trata do superendividamento, a de n.º 14.181/21. Também a Lei Complementar de n.º 182/21, que institui o marco legal das startups do empreendedorismo inovador e, por fim, a Lei n.º 14.195/21, que facilita a abertura de empresas e amplia o ambiente de negócios no Brasil.

Isso tudo em conjunto, evidentemente, se reflete nos contratos empresariais e no ambiente de contratos de seguro. Esse pano de fundo – a tragédia da Pandemia, microssistema legal de recuperação da economia – tem um impacto direto na contratação de seguro. E aqui, já entrando mais especificamente no tema, antes do dever de informação, há uma expressão que os economistas gostam de usar. É uma frase de Mário Henrique Simonsen que, diz: *o problema mais difícil do mundo, quando é bem enunciado, um dia será resolvido. Mas, se o problema for mal enunciado, jamais ele será solucionado.*

É preciso a gente entender um pouquinho a questão do nosso painel, como já foi feito com os que me precederam. E eu vou agora procurar olhar pelo ângulo jurídico da questão e iniciar rememorando um pouco a base da contratação de seguro.

Embora eu esteja “pregando pra convertido”, porque temos aqui, a começar pelo coordenador do painel, um grande especialista no Direito Privado, Ministro Raul Araújo Filho, e outros dois companheiros de painel, que também conhecem bem a matéria, e todos que nos acompanham hoje e tem um vivo interesse pelo tema – seguro. Porém, não é demais lembrar que é um mercado absolutamente regulado, o contrato de seguro. Tendo por base o Código Civil, como sabemos, nos Artigos 757 a 802, e o Código de Defesa do Consumidor, não sabemos qual é o prevalente, mas sabemos que eles precisam conversar entre si; e com as regras da Superintendência de Seguros Privados (Susep) e do Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP). De modo que, em nosso País só funcionam empresas autorizadas pelo Poder Público, sendo o mercado altamente regulado, e tem que ser assim, justamente pela relevância e importância do contrato do seguro. Em jogo está o interesse do Segurado, o risco que apresenta a contratação, a garantia de prestação do que está pactuado e o prêmio. Esses são os requisitos estabelecidos pelo Artigo 757 - contrato consensual, oneroso, cumulativo, aleatório.

No Brasil, a formação do contrato de seguro obedece a algumas especificidades, diferentes do que acontece em algumas outras partes do mundo. Aqui, talvez pela própria formação do mercado de seguro, há um formulário típico da Seguradora que é apresentado e, por isso, conforme dito pelo Dr. Washington, na maioria das vezes é um contrato de adesão, pois é a partir dali que se forma um contrato. Por isso é que também nossa jurisprudência foi se cristalizando, atenta a requisitos, como o dever de informar, que está diretamente relacionado ao conceito da máxima boa-fé, que deve reger as relações entre Segurado e Segurador, na medida, em que nós temos uma situação bem específica.

Efetivamente, essa situação está diretamente relacionada com a própria essência do contrato de seguro porque, como disse o Dr. Nilton Molina, o que a Seguradora precisa fazer é um cálculo atuarial, notadamente quando falamos de seguro de vida em grupo, onde a questão relacionada ao cálculo é fundamental para que se possa pagar a todos os Segurados, no caso de ocorrer um sinistro. Então, a discussão quanto a esse dever de informar com precisão e com segurança é fundamental, para que se possa ter uma correta elaboração da apólice, que não acarrete um prejuízo para todos, ou a ocorrência de circunstâncias que levam a indenizações em razão do descumprimento do contrato. Então, identificar a quem compete o dever de informar de um lado e de outro – porque esse dever é de mão dupla – é fundamental no caso de ocorrência de alguma falha informativa que venha a acarretar o dever de indenização, ou prejudicar esse mesmo dever.

No caso da Segunda Seção, como eu dizia, a matéria tinha um direcionamento inicial, isso em decorrência de um julgado de 2015, do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, como relator. Até outubro de 2020, as turmas de Direito Privado seguiam esse entendimento que dizia que, no caso de seguro de vida em grupo (o individual é contratado diretamente), havendo o estipulante, incumbia à Seguradora esclarecer previamente o Segurado e o estipulante sobre os termos, as condições gerais e cláusulas limitativas de Direito estabelecido no contrato de seguro de vida em grupo. Refiro-me ao Recurso Especial 1.449.513, de relatoria do Ministro Ricardo Cueva.

Em 27 de Outubro de 2020, a Terceira Turma deu uma “guinada” nesse entendimento. Pela relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, e com unanimidade, no recurso especial 1.825.716, quando se trata de seguro de vida coletivo em grupo cabe exclusivamente ao estipulante, e não à Seguradora, o dever de fornecer ao Segurado, seu representado, ampla e previamente, a respeito dos contornos contratuais, no que se inserem em especial as cláusulas restritivas.

A partir desse julgado, que tem uma ementa onde se faz uma análise sobre a jurisprudência que vinha sendo construída e os motivos pelos quais ela precisava ser aprimorada, a Quarta Turma, em 15/06/2021, apreciando o Recurso Especial 1.850.961, aderiu, por maioria, à proposta da Ministra Maria Isabel Gallotti, de rediscussão do tema, tendo em vista as peculiaridades das relações jurídicas instauradas no bojo do seguro coletivo em grupo, sobressaindo a figura do estipulante, a quem incumbe contratar a apólice na condição de mandatário do segurado. Nessa condição, apreciando os Artigos 21 do Decreto Lei 73/66 e 653 do Código Civil, concluiu a relatora, com a maioria da Quarta Turma, que o dever de o estipulante prestar informações aos

Segurados é dele, sob as bases gerais e cláusulas limitativas de Direito incertas no seguro coletivo, pactuado com a Seguradora.

Por isso, a maioria estabeleceu na Quarta Turma, que incumbe ao estipulante a obrigação de prestar informações aos Segurados sob os termos, condições gerais de cláusulas limitativas de Direito estabelecido no contrato dividido em grupo, constituindo-se em pressuposto lógico da aceitação da proposta de adesão pelo interessado. É essa tese, portanto, sagrou-se vencedora, com ponderáveis posições em sentido contrário, como já nos adiantou o Ministro Raul. Um dos votos foi o dele, sendo o outro o do Ministro Marco Lutz. Mas as duas Turmas acabaram concordando na mesma linha de pensamento. Então, encerrou-se a divergência no âmbito do Direito Privado com esses dois julgados, estabelecendo as duas Turmas, que compete ao estipulante esse dever.

Isso, inclusive, foi julgado também na Segunda Seção, na relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, onde Sua Excelência, no Agravo interno no EREsp. 1825.716, deixou claro que o acordo embargado se encontra em consonância com o entendimento mais recente de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção, no sentido de que apenas a estipulante do seguro coletivo tem a obrigação de comunicar ao Segurado sobre as limitações da apólice.

Tanto acabou e pacificou o entendimento que agora, mais recentemente, foi afetado julgamento em recuso repetitivo, como já mencionou o Ministro Raul, os Recursos Especiais 1.874.811 e 1.874.788 foi afetada a julgamento o tema repetitivo 1.112, onde o STJ vai definir se cabe a Seguradora ou ao estipulante o dever de prestar a informação prévia ao proponente a respeito das cláusulas limitativas e restritivas dos contratos de seguro de vida em grupo. Ocorre que, no caso da Segunda Seção, nós só formamos o repetitivo em regra, quando a matéria já está pacificada no âmbito das duas Turmas e, como vimos, é exatamente o que ocorre no caso em discussão.

De modo que vou encerrando por aqui, sublinhando essa ideia de que o Tribunal analisou todos os ângulos da questão e pacificou a matéria, hoje fruto apenas de um debate doutrinário. Mas, no âmbito jurisprudencial e, a própria decisão de afetação fala isso, a matéria já está pacificada na Segunda Seção, e agora vamos julgar em recurso repetitivo.

# Critérios de Correção das Dívidas Judiciais Civis<sup>1</sup>

João Otávio de Noronha<sup>2</sup>

Gostaria de chamar a atenção para as coisas que acontecem no Brasil, que tem impacto e relação com o tema que estamos tratando. Nenhum país do mundo, à exceção da China (que é outro sistema, porque lá, não que tenha tanta demanda per capita e demanda global, pela quantidade de habitantes), tem o volume de demandas que o Brasil tem. O País é ímpar e tem promessas constitucionais que não consegue cumprir em face do excesso de demandas. É um País onde litigar é barato e, às vezes, caro. Barato sempre para aqueles que, de certa forma, o Código do Consumidor considera frágil e fraco.

Mas o Brasil, na sua constituição, promete, ao longo de 30 anos, uma justiça rápida, séria e eficaz, e garante ao cidadão o acesso à justiça séria, rápida e eficaz. Promessa que não consegue cumprir. Não consegue concretizar, porque as políticas judiciais implementadas no Brasil não são preliminares de demandas, não são para facilitar acordos: elas são, na realidade, aplicadas, na sua maioria, para incentivar o uso do Poder Judiciário, para todas as soluções de conflitos.

Não há sistema que possa ser eficiente, eficaz, e desincumbir do seu mister de entregar uma prestação jurisdicional, rápida, séria e eficaz, com volumes tão grandes. E por falar em política judiciária, estamos falando do tema da correção dos débitos judiciais. Estamos discutindo

---

<sup>1</sup> Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, no IV Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado no formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2021.

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

qual critério deve ser adotado pela Justiça para a correção dos débitos judiciais. Aplica-se a regra do Código Civil, que é taxativa em dizer que as decisões e os déficits judiciais serão corrigidos pelos mesmos índices aplicáveis, ou para a mora do pagamento de impostos devidos da Fazenda Nacional, ou um outro escolhido sem nenhuma base legal, apenas porque se entende mais justo, mais correto, mas não legal.

E aqui é que surge o problema. O Brasil padece de uma memória inflacionária de que é difícil de se libertar. E a todo instante estamos buscando indexações que acabam trazendo de volta a inflação. Ela está aí de volta, e estou muito preocupado para saber o critério a ser usado para combatê-la. Nós vamos indexar de novo a economia, ou vamos adotar os remédios, às vezes até amargos? O que importa é expungir, nos reajustes, os índices infracionais. Enquanto isso não acontece, veja o que está ocorrendo. Tomemos por exemplo o ano de 2019, quando tivemos inflação de 2,25%, 3% e 4%, e índices de correção dos débitos judiciais de 12% ao ano e 1% ao mês.

Se fosse cobrado pelos bancos, certamente os devedores diriam que “é uma agiotagem do sistema financeiro”. O que viemos aqui, parafraseando os devedores, por quem eu sempre litiguei quando advogado do Banco do Brasil, eu diria que isso é uma agiotagem do Estado, e não do Estado demandante, mas do Estado legislador. Porque ele abre “brechas” para a cobrança de taxas totalmente descasadas com a inflação.

Vejam bem, naquelas ações de reparação de dano, o propósito é ressarcir a parte lesada, o credor, de modo a reparar o prejuízo sofrido, de modo a criar uma situação que tem que ter as mesmas condições como se não tivesse existido o inadimplemento. Se a inflação foi de 12%, ele deveria 12%, e se ele fosse aplicar esse dinheiro, a quanto aplicaria? O critério adotado hoje por alguns tribunais tem propiciado um descasamento vertiginoso e enorme, entre a taxa de inflação e a taxa de remuneração, ou melhor, de remuneração acumulada com a correção nos valores pleiteados.

Eu dizia que o Brasil promete soluções que ele consegue desincumbir na sua constituição. O legislador constituinte prometeu uma justiça rápida e séria. Como entregar essa justiça séria, rápida e eficaz, num sistema onde manter o débito judicial, no processo, é mais vantajoso do que receber? Porque, ao receber, o credor não consegue a aplicação dessas taxas, quando muito a 4%, a 5% ou a 6%. Na justiça, ele tem hoje uma aplicação em que seu crédito é corrigido,

no mínimo, a 12%, segundo essa orientação divergente daquela que foi a orientação perfilhada, decidida pela Corte do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Então, em termos de política judiciária, não vejo como a gente incentivar que se mantenha vivo o processo, prossiga no processo, em que se demora porque a remuneração do processo vivo é mais vantajosa que qualquer aplicação do sistema financeiro.

E eu não me preocupo só com os valores da previsão, se tem impacto no campo negocial. Sim, impacta. Mas eu me preocupo, aqui, primeiro com a questão da política judiciária. Quando o STJ, na sua Corte especial, ao julgar os embargos de divergência com recurso especial 727.842, relatado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, ele teve em conta exatamente a preocupação de se estabelecer um critério justo e ao mesmo tempo razoável em termos de política judiciária. Nesse sentido foi que a Corte se pronunciou, ao dizer que a taxa de juros moratória, a que se refere no referido dispositivo do Artigo 416 do Código Civil, é exatamente a taxa referencial do sistema especial de liquidação e custódia, ou seja, a taxa Selic.

E é nesse sentido que o STF se encaminhou para a correção das dívidas trabalhistas, afastando a aplicação dessa taxa de juros de 1% ao mês e mais correção monetária, e adotou um critério, como era um período longo de correção, de aplicar o IPCA até a data do ajuizamento e, a partir do ajuizamento, a taxa Selic. Quanto ao sistema normativo do Código Civil, até porque ele dizia que não estava mais regulado e facilmente condicionado à aplicação de leis trabalhistas anteriores, quando a matéria agora estava sobre uma outra compreensão, sobretudo no mundo econômico.

E o mais interessante é que, ao julgar a DC 48, o Supremo não só diz textualmente que nas dívidas trabalhistas se aplica a taxa Selic, como fator de correção após o ajuizamento e após a fase pré-judicial, e, portanto, a partir da citação, como determinou a incidência da taxa Selic em conformidade com o disposto do Artigo 406 do Código Civil, que é utilizado, segundo o pensamento daquela Corte – no voto da maioria dos ministros – para a correção das dívidas cíveis. Parece que não podemos mais sair dessa realidade do Brasil; não podemos ficar a todo instante mudando as regras do jogo.

E eu gostaria de chamar para um ponto de equilíbrio: a justiça do trabalho pensava que iria aplicar a taxa de juros de 1%, mais

correção monetária de 1% ao mês, porque assim iria inibir o credor de discutir a dívida. Ele tem que pagar mais barato que pagava. Mas que Democracia é essa? O credor deposita, e quando o recurso não é protelatório, e quando se discute que não se efetuou o pagamento, no valor devido pelo seguro, porque de certa forma se entendia que não era caso e, não era caso, porque houve um aumento de risco, e pegando todas aquelas hipóteses causadas pelo próprio beneficiário, ou pelo próprio segurado, não se pagou. Até porque a falsidade de documentação vai se discutir isso, ou nós não vamos permitir que um dos lados possa efetuar defesa séria? Quanto à litigância de má fé, o código do processo tem instrumentos hábeis para punir o litigante que falta com a boa-fé, seja subjetivo ou objetivo.

Há instrumentos processuais de coação sobre as partes para que evitem se valer da litigância de má fé. Em casos predominantemente de boa-fé, nós vamos punir quem está discutindo seriamente e, às vezes, é necessário até discutir e exaurir todos os debates, chegar ao STJ, em hipótese de demora, como já se chegou ao Supremo, nos casos da Dc 48, por exemplo? Para que a Corte que tem o papel na interpretação da norma constitucional, e a outra, o direito infraconstitucional, se manifeste. O STJ é que diz como deve ser interpretado o Código Civil. E, se há tanta divergência entre vários tribunais do País, é desejável que esse processo chegue aqui, para que essa Corte desincumba o seu mister a contento, pacificando a divergência jurisprudencial. Ou, quando não se trata de interpretação de divergência mas se trata da própria interpretação do dispositivo infraconstitucional, que cabe ao STJ, segundo a Constituição, dar a última palavra e, mais do que dar a última palavra, ao interpretar a última palavra, assegurar integridade ao Direito Federal infraconstitucional. Esse é o papel reservado pela constituição ao STJ. Se assim o é, nós não podemos pensar em criar instrumentos que, para debater teses em juízo, possam vir a ser causa de penalidade.

Volto a dizer que, para os casos de má-fé, há regras específicas para punir e até para coibir a interação de uma atuação que atente contra o prestígio da jurisdição. Não podemos agora, e não podemos a todo instante, vacilar na interpretação das normas. Qual a razão de mudar a interpretação da Corte? Até porque acredito que esse surto inflacionário é sazonal e tem muito a ver com a Pandemia, com promessas de gastos no orçamento para os quais não se estivesse preparado. Mas o Brasil custou muito a erradicar a inflação, e não vai suportar e tolerar que se retome um processo de espiral inflacionária.

Eu acredito que acabou. A inflação pode subir um pouco agora, mas, acredito, medidas devem ser tomadas por qualquer que seja o governo, para que a gente volte ao sistema em que se preservem os ganhos do trabalhador, do funcionário público, o patrimônio do investidor.

Então, fico às vezes questionando, temos uma turma do STJ questionando, afetando o processo a Corte, e a Corte vai dar a última palavra, questiono o porquê de mudar se nós não temos fatos que justifiquem essa interpretação, essa alteração da norma. Até agora não temos um fato novo. E é importante termos uma estabilidade das decisões. É preciso que nós tenhamos uma previsibilidade. É preciso afastar aquele temor dos economistas, está aí Armando Castelar, que já deve ter falado muito nisso. Precisamos tirar a ideia de que, no Brasil, a surpresa está no passado. A surpresa tem que vir para o futuro. O passado tem de ser analisado, os fatos considerados e as decisões tomadas. Uma vez tomadas, precisamos estabilizar, para que haja previsibilidade e, consequentemente, aquilo que é desejado em qualquer sistema: segurança jurídica para que todos, não só as empresas, possam contratar. Segurança jurídica para que o consumidor, que lida com empresa, para o cliente que se dispõe com o banco, para o Segurado com a Seguradora. Segurança jurídica só se obtém, só se alcança, com regras claras e previsíveis.

E o judiciário tem um papel fundamental, que é o de ser previsível para que desempenhe, sobretudo o STJ, o seu grandioso papel de assegurar a inteireza da ordem jurídica infracional, e do Supremo, na ordem jurídica constitucional. Parece que esse é o cerne da questão. O fato é que essa matéria está para ser alçada de novo e a Corte, certamente, vai sobre ela se debruçar. Na Quarta Turma, tivemos um empate de 2x2 e a Terceira Turma não se manifestou, mas a Corte haverá de se manifestar.

# Exercício Irregular da Atividade Seguradora – Mercado Marginal dos Seguros<sup>1</sup>

OG Fernandes<sup>2</sup>

Dedicarei a minha exposição a um caso concreto: a oferta de proteção veicular por associações que atuam no mercado privado, sem a supervisão da Superintendência de Seguros Privados. Trouxe alguns slides, a respeito desse material, que facilitam a nossa exposição e a visualização daqueles que aqui estão conosco. Peço, então, o primeiro slide, que é exatamente a referência ao 4º Seminário Jurídico de Seguros e os “Desdobramentos jurídicos de oferta de proteção veicular por Associações”.

Tive a oportunidade de analisar o tema ora debatido, quando relatei um recurso especial, o de n.º 1.616.359, apreciado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e proponho-me, assim, a iniciar esta conversa pela exposição das principais decisões proferidas no processo. A ação foi apreciada em 21 de junho de 2018, sendo que a sentença do 1º grau foi proferida na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em dezembro de 2013. Vale dizer que, entre a sentença proferida pela 7ª Vara e a apreciação do recurso, tivemos aí um período de cinco anos. Na sentença datada, como disse, do final de 2013, tivemos uma rejeição. Vou tentar abreviar tanto quanto possível. Foi rejeitada uma seção de competência, arguida pela parte, no caso, uma associação, em razão da possibilidade de danos em todo o território nacional, inclusive no Rio de Janeiro.

---

<sup>1</sup> Texto transcrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, no IV Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado no formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2021.

<sup>2</sup> Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes é Ministro do STJ, Corregedor-Geral da Justiça Federal.

O juízo sentenciante conseguiu a competência em razão da possibilidade de dano em todo o território nacional e não simplesmente na sede daquela associação, que era Minas Gerais, Belo Horizonte. A sentença foi pelo deferimento da liminar e pela parcial procedência dos pedidos que foram promovidos pela SUSEP. Foi declarada ilícita a atuação no mercado de seguros e determinada a suspensão imediata das atividades securitárias pela associação, proibindo-a permanentemente de realizar oferta, veiculação, anúncio, cobrança e comercialização de produtos relacionados à atividade securitária em todo o território nacional. Foi rejeitado o pedido de indenização de três vezes o valor da multa aplicada no processo administrativo – que seria de R\$ 1 milhão – a ser depositada no Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) pois, segundo pronunciamento judicial o requerimento não foi atrelado a qualquer hipótese concreta que justificasse a imposição da penalidade.

Como alicerces, a sentença apontou que:

- A Associação não contrata seus funcionários; utiliza pessoal em troca de ganhos imediatos e comissões. Dessa forma, o associado fica fragilizado, pois não tem a contratação imediata intermediada por um corretor e nem por um profissional responsável e efetivo vínculo com a Associação;
- Não há garantias de que os consumidores terão seus direitos assegurados em eventual sinistro, o que revela o risco ao consumidor de seus produtos;

- Não há como manter a atuação da associação, sem o cumprimento das exigências legais, como recolhimento de tributos e formação de reservas técnicas. A falta ou insuficiência de tais elementos proporcionam custo inferior à Associação, e representa concorrência desleal às empresas do ramo que atuam de forma irregular.

Em face da decisão que acolheu basicamente as postulações formuladas pela SUSEP, houve recurso, apelação, sendo os autos remetidos ao TRF da 2<sup>a</sup> Região. Interposta a ação pela Associação, a 6<sup>a</sup> Turma especializada do TRF da 2<sup>a</sup> Região, por unanimidade, em 14/07/2014, acolheu o recurso, a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública. A ementa do acórdão foi aquela em que é dito: *a despeito das atribuições legais da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – para a fiscalização das operações de seguros e afins (Decreto-Lei n.º 73/66), não se verifica, no caso, a negociação ilegal de seguros para associação de fins lucrativos instituída com o fim de promover proteção automotiva a seus associados. Afinal, a sentença, como dito, veio a ser reformada, e para reformá-la a Corte elegeu os seguintes fundamentos, resumidamente:*

- É adequada a ação civil pública, manejada pela SUSEP;

- É possível instituição de uma associação sem fins lucrativos, voltada para ajuda mútua de seus associados, com repartição de custos e benefícios entre seus participantes, mediante rateio, e caracterizada pela autogestão, a qual não se confunde com o seguro capitalista oferecido pelas seguradoras convencionais, sujeitas à legislação específica.

Tal possibilidade, de acordo com o voto, como todo acórdão, é extraída da justificativa do enunciado do art. 185 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. E aí lanço um olhar sobre a importância dessas jornadas que o Conselho de Justiça Federal promove.

O referido enunciado trata da interpretação do art. 757 do Código Civil e foi assim redigido:

- A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

Outro fundamento apontado diz que:

- A preocupação da SUSEP em relação à falta de garantia dos consumidores e efetiva cobertura dos riscos não se sustenta, pois o contrato plurilateral pressupõe o conhecimento das condições do rateio das despesas verificadas entre os associados, como explicitado no regulamento da Associação.

Além disso, foi consignado que:

- Não se pode presumir a ilegalidade da associação apenas com base nos seus objetivos de proteção automotiva dos associados. Dessa forma, concluiu-se que inexiste qualquer ilegalidade na atuação da Associação, que não efetua contratos de seguro na modalidade típica albergada pelo Código Civil e pela legislação específica.

Ademais, ficou registrado que:

- A prática de ajuda mútua entre os associados da ré não configura negociação de seguros hábil a se enquadrar no âmbito de fiscalização da SUSEP, conforme preconizados no art. 113 do referido Decreto-Lei 73/66, e impor o encerramento das atividades da associação regularmente constituída, como requerido nessa ação civil pública.

Houve embargos rejeitados e foi apontado que, a partir da análise do site da Associação, apurou-se a inexistência de propaganda

abusiva ou ofensa ao princípio da boa-fé, como alegado na inicial pela SUSEP.

Após embargos, houve interposição de recursos especiais pela SUSEP e pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais (CNSeg), na qualidade de terceiro prejudicado. Ambos os recursos especiais foram admitidos, e aí vemos como o tema encontrava-se, e ainda de certa forma encontra-se, polêmico no judiciário. Enquanto tínhamos uma decisão de 1º grau favorável à pretensão da SUSEP, do outro lado tem-se o tribunal dessa 2ª Região modificando a decisão dos juízes federal de 1º grau, rejeitando a iniciativa do 1º grau, e acolhendo o recurso de apelação.

É claro que, num cenário desses, em tema ainda rarefeito, a matéria subiu a apreciação do STJ, onde os mencionados recursos chegaram em 11 de julho de 2016. O Ministério Público Federal (MPF) apresentou parecer pelo provimento de recursos especiais fundamentando que:

- A interpretação conferida no enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil não se aplica ao caso porque a Associação não consubstancia grupo restrito;

*- Que o ato de “associar-se” à recorrida está disponível a todo e qualquer interessado, de forma irrestrita, o que diferencia essa associação dos grupos restritos de ajuda mútua, normalmente ligados a uma categoria profissional ou a uma localidade. Diversamente, a associação, criada sem autorização legal para exercer atividades securitária, violaria flagrantemente os artigos 24, 78 e 113 do Decreto-Lei 73/66.*

O MPF alega também que há divergência jurisprudencial comprovada em torno da matéria.

O processo e basicamente os recursos tiveram seu regular andamento no STJ e as diversas manifestações, juntadas de documentos, decisões judiciais, projetos de lei, pareceres etc., e, afinal, o recurso foi julgado, como já mencionei, pela 2ª Turma, em 21/06/2018.

O recurso especial da CNSeg foi tido por prejudicado em razão da falta de interesse jurídico. Houve o indeferimento do ingresso na lide e a declaração do prejuízo do recurso interposto. E foi consignado no acórdão que a relação jurídica apreciada tem a ver com o exercício do poder regulatório sobre o mercado privado de seguros, não sendo de se supor que uma associação privada tenha comunhão de interesses nesse sentido.

Por sua vez, o recurso formalizado pela SUSEP foi provido, para que fosse restabelecida a sentença proferida pelo juiz federal. Essa foi uma decisão unânime, da 2<sup>a</sup> Turma, que acolheu os seguintes fundamentos:

- Não incide na hipótese o óbice do anunciado sumular nº. 7 do STJ;
- A partir do contexto fático-probatório delineado no acórdão impugnado, verificou-se que o produto disponibilizado pela associação se traduz em um típico contrato de seguro. A decisão contida no acórdão do TRF da 2<sup>a</sup> Região compreende todas as características de um contrato de seguro de danos, em que é cobrada a franquia e existe cobertura diante de sinistros provocados por terceiros e eventos de natureza;
- O produto ofertado não pode ser considerado seguro de ajuda mútua;
- Além disso, a 2<sup>a</sup> Turma consignou que, pela própria descrição contida na decisão questionada, a Associação não pode se qualificar como lucro restrito de ajuda mútua, dada as características do típico contrato de seguro, além do que o serviço intitulado de proteção automotiva está aberto a um grupo indiscriminado e indistinto de interessados. Daí, inclusive, o porquê de não se poder aplicar à situação, como dito, a interpretação do enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil. A associação sequer possui natureza de grupo restrito, visto que comercializa seu produto de forma abrangente, do que se deduz que assume o risco contratado como se fosse uma típica sociedade de seguros.

É necessária a atuação da autarquia federal constituída para a regulação desse mercado privado, nos estritos termos dos arts. 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, pois o fato de as seguradoras administrarem fundos comuns ou de poupança coletiva exigem do Estado especial atenção. A decisão foi unânime e a 2<sup>a</sup> Turma entendeu, que dirimida a controvérsia pela Corte de origem, foram afrontados os artigos 24, 78 e 113 do Decreto-Lei n. 73/1966, uma vez que se retirou da esfera da SUSEP a possibilidade de interferir na fiscalização e na exigência de adequação da associação requerida aos ditados legais, quando o tribunal de origem julgou improcedente a demanda.

Houve, mais uma vez, Embargos de Declaração que foram rejeitados. Há um Recurso Extraordinário pendente de análise para o Supremo Tribunal Federal (STF), e o agravo foi formalizado com fundamento no art. 1.042 do CPC (ARE 1.356.257/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Até a última consulta que foi feita ao Agravo, não havia ainda uma decisão sobre a matéria.

É bastante expressiva a quantidade de processos judiciais em trâmite sobre o tema, conforme informações retiradas de notícias de sites especializados. A SUSEP ajuizou cerca de 360 ações civis públicas, buscando o encerramento ou a suspensão das atividades de associações que oferecem o serviço de proteção automotiva à margem de fiscalização da autarquia. A profissão de demandas judiciais aliadas às existências de projetos de leis, alterações de normas, de regulamentação da atividade, certamente, culminará na chegada de novos recursos ao STJ para o enfrentamento do tema e, provavelmente, o cenário legislativo e normativo será ao menos um pouco diferente daquele no qual analisei o mencionado recurso e, posso dizer, que foi uma surpresa quando fui convidado para participar deste evento. Tomei conhecimento de que o caso esteve sob minha relatoria foi o primeiro a ser apreciado no âmbito do STJ, seguramente foi o primeiro, mas não será o último. Teremos aí, provavelmente, uma profusão de temas que serão atraídos para o olhar das Turmas de Direito Público do STJ, já como visto, desdobramentos no primeiro caso ao STF.

A despeito das dúvidas que pairam sobre a constitucionalidade da iniciativa legislativa, há, inclusive, uma lei de n.º 20.894/2020, do Estado de Goiás, que dispõe sobre normas protetivas dos consumidores filiados a associações de socorro mútuo no estado de Goiás. Afara os projetos, já há lei existente, embora seja possível um exame da condicionalidade dessa iniciativa, especialmente no tocante à competência considerada a matéria veiculada no diploma, devemos admitir que a aprovação em tal lei, em âmbito estadual, expõe, obviamente, a relevância da questão e o reconhecimento do legislativo acerca da importância de normatizar a atividade. Nessa esteira é forçada a necessidade de pacificação de soluções jurídicas sobre o tema, de forma a privilegiar não somente a ampla concorrência leal, entre os participantes do mercado, a proteção e o amparo adequado dos consumidores, bem como, e, fundamentalmente, a segurança jurídica tão cara ao desenvolvimento e execução de contratos que envolvam a proteção patrimonial.

Algumas ações civis públicas que versam sobre o tema desse processo, cujo mérito foi analisado pela 2<sup>a</sup> Turma do STJ. Temos um conjunto de decisões favoráveis à SUSEP na 1<sup>a</sup> Região. E anote-se que é uma questão que está difusa nos Tribunais Federais. Na 1<sup>a</sup> Região, na 2<sup>a</sup> Região e na 4<sup>a</sup> Região, temos os casos que foram favoráveis à intensão e ao entendimento da SUSEP, como também há um conjunto de decisões, Porém, também temos ações civis públicas na 1<sup>a</sup> Região, 2<sup>a</sup> Região e 4<sup>a</sup> Região, em que a tese esboçada pela SUSEP não foi acolhida. Fiz essas observações, muito mais no caráter expositivo, do que obviamente opinativo da matéria.

# NatJus – Instrumentos de apoio técnico às decisões judiciais<sup>1</sup>

Valter Shuenquener<sup>2</sup>

Vou apresentar alguns dados, em matéria de judicialização da saúde, que são conhecidos por todos, para, depois, e logo em seguida, contextualizar o surgimento do NatJus, em virtude desse contexto caótico em que vivíamos antes da assistência de um assessoramento técnico em matéria de saúde.

De 2008 a 2017, teve-se um crescimento extremamente elevado no número de ações distribuídas tanto na 1<sup>a</sup> instância (130% a mais em demandas), quanto no 2<sup>o</sup> grau de jurisdição (85% a mais), em matéria de saúde. Isso é um número muito mais elevado que o crescimento registrado na distribuição dos demais temas (crescimento de 50%). Na 2<sup>a</sup> instância, o crescimento se deu de maneira uniforme, em todo o território nacional sendo, que em alguns Estados específicos, o aumento de demandas foi ainda mais expressivo.

Os dados, extraídos da Lei de Acesso à Informação e, também da publicação do CNJ, são impactantes. E isso, em termos de realidade, tanto da Justiça Federal quanto da Justiça Estadual e, estado por estado. Para se ter uma ideia, no ano de 2015, no Espírito Santo, teve-se o registro de 8.981 processos novos, número que, em 2019, aumentou para 14.070. No Rio Grande do Norte, 2.929 para 4.873. Então, se pegarmos todos os estados, seja no âmbito estadual, federal, região por região, o aumento se deu praticamente em todo o território nacional.

---

<sup>1</sup> Texto transscrito, sem revisão do autor, de palestra proferida pelo Ministro Valter Shuenquener, no IV Seminário Jurídico de Seguros, promovido pela Revista Justiça & Cidadania, com o apoio da CNseg. Realizado no formato digital, através do Canal da Revista Justiça & Cidadania no YouTube, em novembro de 2021.

<sup>2</sup> Valter Shuenquener é Juiz Federal, Secretário-Geral do CNJ.

Teve-se uma verdadeira explosão no que diz respeito a judicialização da saúde, e isso obrigou o Judiciário a repensar o modo como ele enfrenta essa matéria. Até porque, muitas vezes, a parte autora faz jus ao que ela pretende e isso se revela nos dados estatísticos. Por exemplo, quando vamos analisar as liminares nas ações, tomando por exemplo o fornecimento de medicamento, segundo estatística do DataJus, sistema do CNJ que permite a extração de dados por temas: em mais de 80% dos processos houve deferimento de liminar em matéria de medicamento, internação em hospitais e UTI, plano de saúde, saúde mental, em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS). Importante destacar que, normalmente, a parte autora tem seu direito reconhecido em relação a novos casos, e isso também se revela no mérito, em que é igualmente elevado o percentual de reconhecimento dos pedidos.

Como resolver esse problema e como entregar à Justiça de maneira isonômica, quando temos um elevado volume de processos? Isso também é um problema, do ponto de vista dos agentes econômicos. No setor de seguro, no setor de saúde suplementar, atuam com conhecimento de medicamento, porque é um setor extremamente regulado e se o Judiciário, digamos “bagunçar” a normatização, fica complicado estabelecer um ambiente de competição saudável. É mais um exemplo de abuso do poder regulatório pelo Estado quando ele, através do Judiciário, cria uma desordem na previsibilidade das decisões em matéria de saúde.

Então, essa é uma preocupação que surge, como já foi dito inclusive pelo Ministro Marco Aurélio Buzzi, em sua bela fala inaugural do tema, anotada em 2009, como audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), onde foram ouvidos advogados, juízes, médicos, profissionais da área de saúde. A partir, dos resultados dessa audiência pública, o CNJ constituiu um grupo de trabalho para elaborar estudos em matéria de saúde.

Desse grupo de trabalho, surgiram algumas medidas que nem são tão recentes assim, pois a Portaria n.º 650/2009 foi criada e depois veio a recomendação n.º 31/2010, que orienta os juízes a ampliarem as fontes de informações, para concessão de pedidos e envolverem a comunidade médica científica e os gestores na busca de solução. Isso é uma espécie de semente para a criação de um núcleo de assessoramento técnico, que veio mais tarde.

A Resolução n.º 107, que também foi citada no dia de hoje, instituiu o Fórum Nacional Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, o famoso fórum da saúde, que como destaquei anteriormente, está aqui o Dr. Arnaldo, que está à frente desse trabalho. Eu diria que é este um dos principais instrumentos de política pública que o CNJ possui, um dos principais locais para a propulsão de boas medidas em matéria de política pública, não só pela relevância do tema, saúde, mas porque ele funciona com capilaridade, chegando aos Estados e Municípios, e funciona de forma interdisciplinar. Não é um órgão de juízes feito para juízes: é um órgão que está sediado no CNJ, mas com integrantes dos mais variados setores. Isso enriquece os processos decisórios e dá qualidade às decisões que são propostas pelo Fórum Nacional de Saúde.

As principais atribuições Fórum de Saúde são, além de monitorar as ações judiciárias, também propor medidas concretas para a prevenção de conflitos, como estudar e propor medidas consideradas em linha com os objetivos do Fórum Nacional. Enfim, gostaria de chamar a atenção para um aspecto: a falta de previsibilidade de decisão judicial pode ser equacionada de diversas maneiras.

Quando não se tem segurança jurídica, quando se tem uma variedade de decisões que geram dificuldade de competição, o Judiciário pode, por exemplo, estimular a mediação, porque quando se empoderam as partes do processo para que elas cheguem a um consenso, isso evita a decisão surpresa e a insegurança jurídica. Pode-se estimular, também, como segunda medida, a criação de um banco nacional de precedentes, para ampliar o conhecimento de como o Judiciário tem decidido sobre questões de saúde. O CNJ também está desenvolvendo uma ferramenta nesse sentido, para que os atores do sistema judicial conheçam os precedentes do STJ e do Supremo, aqueles que são vinculantes e os que não o são. Uma terceira forma de se garantir a previsibilidade e, eu arrisco dizer que é uma das mais eficazes, é por meio da criação de núcleos de assessoramento técnico.

Partindo-se da premissa incontroversa de que o juiz não tem conhecimento enciclopédico e que, principalmente, nos dias de hoje, ele é incapaz de dominar com profundidade cada tema que lhe é apresentado, é preciso ter um apoio de quem atende. Inclusive na medicina, hoje em dia, o profissional que é médico, às vezes nem

conhece de outras especialidades, o que dizer de um juiz que em uma hora está julgando sobre Direito de família, depois sobre falência, e depois sobre pedido de medicamento. Isso não é uma coisa banal e, às vezes, uma decisão do juiz num caso bobo, simples e pequeno, pode ter um efeito sistêmico danoso. O juiz de tal localidade, ainda mais hoje com a publicização muito ampla das decisões, o juiz de tal estado está dando tal medicamento... Daqui a pouco você tem, do dia para noite, literalmente, milhares de ações distribuídas com base em uma decisão em que o juiz é singular e aquilo gera o caos.

É nesse contexto que eu queria destacar, o CNJ apostava, e não é de hoje, na consolidação desses núcleos de assessoramento técnico. Tanto é verdade que, agora recentemente, criamos até um núcleo de matéria ambiental. Fizemos um convênio com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) para que ele possa municiar os juízes com informações sobre o desmatamento, sobre o que está acontecendo em cada localidade em relação à violação da legislação ambiental. Essa é uma tendência e eu diria até uma forma de atuar fundamental para se garantir a segurança jurídica em termos que são extremamente técnicos. E a matéria da saúde saiu à frente com os NatJus.

O estado da Regulamentação, Resolução CNJ nº 238/2016, é o nosso carro chefe na matéria de Núcleos de Apoio Técnico ao Poder Judiciário. Essa Resolução foi a que criou os Núcleos de Apoio Técnico ao Poder Judiciário nos estados, para oferecer notas técnicas e embasar as decisões dos magistrados, além da criação dos Comitês Estaduais de Saúde.

Isso dá vida ao conhecido sistema E-NatJus, que teve a sua gênese, como foi destacado anteriormente, em 2016, por um termo de cooperação firmado entre o CNJ e o Ministério da Saúde. Esse termo de cooperação viabilizou a liderança no hospital Sírio-Libanês, que é o gestor do NatJus, e que contribui com pareceres e com seus médicos à disposição.

Isso só é viável porque o Ministério da Saúde apoia, através do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS (PROADI-SUS), concedendo benefícios para os hospitais que aderem ao NatJus. Eu penso, para aqueles que não conheciam essa sistemática do NatJus, esse núcleo que municia os magistrados com opiniões técnicas sobre a área da saúde. Trata-se de projeto magnífico, porque

envolve o Estado, o Judiciário, que também é do Estado, mas o Poder Executivo, o Poder Judiciário, envolve a própria sociedade civil, que também tem interesse na resolução desses conflitos. Então, o hospital Sírio-Libanês tem esse papel importante na viabilidade do núcleo e, também se beneficia direta e indiretamente com o programa. Acho que é um bom exemplo de programa por conta disso, porque ele envolve todos os atores que podem ser afetados pela judicialização da saúde.

Posteriormente, já em 2018, houve a celebração entre o CNJ e o Ministério da Saúde, de um outro termo, que se destina a criar o sistema NatJus Nacional. Nesse contexto, foi feita uma parceria com o Hospital Israelita Albert Einstein, que passou a atuar como consultor e assessor técnico, ampliando a capacidade do E-NatJus. Agora, o NatJus Nacional, se torna uma ferramenta agregada ao e-NatJus, isso tudo hospedado no sítio do CNJ e, através do NatJus Nacional, os magistrados brasileiros podem contar com o serviço de atendimento de profissionais de saúde, durante 24 horas, sete dias por semana, para obtenção desse assessoramento técnico.

Ou seja, houve, ao longo dos anos, não só uma ampliação do NatJus, como também uma consolidação, por meio dessas novas parcerias. Aliás, essa é a tendência a ser ampliada também para a área de saúde suplementar, alguns estados já possuem Comitês que trabalham com essa perspectiva. Dou como exemplo o Estado de Tocantins, que é só um dos exemplos bem-sucedidos do projeto NatJus. Lá, em Tocantins, nós temos a situação em que, apenas em 2019, os três núcleos existentes no Estado pediram um total de 3.757 notas técnicas. Desses, 2.645 foram emitidas pelo NatJus Estadual, das quais 1.526 emitidas na fase pré-processual e 1.119 na fase judicial. E ainda há isso: você pode ter um assessoramento na fase pré-processual que evita, inclusive, a judicialização. E com este cenário houve uma redução de 72% no ingresso de novos casos nos anos de 2018 e 2019.

Com o passar dos anos, as consultas foram crescendo e juízes foram percebendo a importância da informação técnica para as demandas da saúde. No ano de 2019, o Estado teve um índice de 95% dos magistrados de Tocantins consultando as notas técnicas. Portanto, há uma aceitação maior pelos juízes, o que, no início, não foi tão simples. Alguns juízes tinham o receio de que seu poder de decidir seria substituído pela decisão do médico – o que

é uma bobagem, porque no fundo a decisão do médico contribui para a obtenção de uma melhor decisão – e também, o que acho mais interessante é a capacidade do assessoramento técnico reduzir a judicialização. Vejo isso como fundamental para a ampliação dos NatJus para o ambiente da saúde suplementar.





DOCTRINA

# **A desnecessária autorização pública prévia para realização de campanhas de incentivo e distribuição de prêmios a corretores de seguros e sua regularidade do ponto de vista regulatório**

**André Luiz Freire<sup>1</sup>**

**Henrique Lago da Silveira<sup>2</sup>**

**Marcelo Mansur Haddad<sup>3</sup>**

## **I - Introdução**

1. Este artigo examina a atividade de distribuição de prêmios por meio de campanhas de incentivo destinadas a corretores de seguros (“Campanhas de Incentivo”) na perspectiva do controle do Estado sobre a atividade econômica.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – *Instituto Ius Gentile Conimbrigae Doctor of Juridical Sciences* (S.J.D.), em Filosofia do Direito pela *University of Virginia*. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUCSP. *Master of Laws* (LL.M.) pela *University of Virginia*.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. *Visiting Researcher* na *Harvard Law School* e no Instituto Universitário Europeu. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Bacharel em Direito pela UFSC.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Mestre em Direito pela Universidade Heidelberg, Alemanha (Bolsista da Fundação Konrad Adenauer). DESS (especialização) em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de Paris X – Nanterre. Bacharel em Direito pela FADUSP. Professor da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas.

2. O propósito foi o de verificar se haveria necessidade de autorização prévia da Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria do Ministério da Economia (“SECAP”) para a realização de tais iniciativas. Para tanto, adotamos esta premissa: nas Campanhas de Incentivo, apenas são premiados corretores que, concomitantemente, atenderem aos critérios objetivos descritos em cada uma das iniciativas e atingirem metas de desempenho a elas atreladas.
3. De modo a apresentarmos nossas considerações, este Artigo é dividido em (i) esta introdução; (ii) análise acerca da possível necessidade da autorização prévia da SECAP para a realização das Campanhas de Incentivos; (iii) estudo dos riscos regulatórios de seguros relacionados às Campanhas de Incentivo e recomendações para mitigá-los; e (iv) conclusão.

## II - A desnecessária autorização prévia da SECAP

4. A distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda, conhecida como promoção comercial, é disciplinada pela Lei Federal nº 5.768/1971, regulamentada pelo Decreto Federal nº 10.951/1972 e pela Portaria nº 41/2008 do Ministério da Economia (“Portaria ME 41/2018”), que condiciona sua realização à prévia autorização do Poder Público, em especial, da SECAP<sup>4</sup>. As atividades incluídas no espectro de abrangência da norma envolvem o acaso e podem ocorrer por meio de sorteios, vale-brindes, concursos ou modalidades assemelhadas.
- 4.1. Ocorre que a legislação não prevê um rol exaustivo de atividades, limitando-se a tratar de algumas de suas características. Por isso, para que se possa diagnosticar se determinada prática está sujeita às limitações indicadas, é necessário cotejar suas particularidades com aquelas previstas na regra, exercício a que se destinam os tópicos seguintes.

---

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971: *Art. 1º A distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, dependerá de prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento.*

## II.1. Limitações públicas à atividade econômica privada e sua extensão

5. O primeiro ponto a avaliar é a que título os particulares exercem a atividade de “*distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda*”. Isso é importante, já que indica a extensão que as limitações públicas a seu exercício, como as previstas na Lei Federal nº 5.768/1971, podem assumir.
6. A esse respeito, de antemão se pode afirmar que a atividade de distribuição gratuita de prêmios não obedece ao regime dos serviços públicos (art. 175 da CF)<sup>5</sup>, mas se caracteriza como atividade econômica privada exercida por direito próprio e em regime de livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF)<sup>6</sup>, sujeita à regulação estatal (art. 174 da CF)<sup>7</sup>. Sob a perspectiva constitucional, a conclusão de que se trata de atividade privada reside no fato de que, em momento algum, a Constituição atribui a qualquer ente político – nem mesmo à União – a competência para executar essa atividade. E, para caracterizar uma atividade como sendo “pública”, vale o “princípio da competência”: se a atividade não tiver sido atribuída expressamente pela Constituição ao Estado, então estamos falando de atividade privada.
- 6.1. No entanto, também é teoricamente possível que serviços públicos sejam assim definidos por lei. A chamada “*publicatio*” – a transformação de uma atividade privada em “pública” – pode ser feita por lei nacional, estadual ou municipal, a depender da natureza do interesse envolvido na atividade (nacional, regional ou local, respectivamente). No presente caso, não é possível

---

<sup>5</sup> Art. 175 da CF: *Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

<sup>6</sup> Art. 170, *caput*, da CF: *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).*

<sup>7</sup> Art. 174 da CF: *Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

afirmar que a Lei nº 5.768/1971 tenha transformado a atividade de “*distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda*” em atividade pública. Em momento algum a Lei determina que esta seja uma atividade da União, de sua competência.

6.2. O fato de o art. 1º da referida Lei Federal nº 5.768/1971 não ter sujeitado a referida atividade ao regime de concessão ou permissão, optando pela autorização, reforça essa conclusão<sup>8</sup>. Da mesma forma, o fato de não haver previsão de processo licitatório prévio para a escolha da empresa encarregada de exercer a referida atividade, também a situa fora do âmbito de incidência do art. 175 da CF, de modo que o Estado não toma para si a obrigação de prestar tal atividade ou escolher particulares para que o façam, revelando sua natureza privada.

6.3. Nesse sentido, vale registrar que a autorização prévia exigida pela norma para o exercício da atividade privada não equivale a uma outorga pública ou um ato que constitua ao particular o direito de atuar no respectivo mercado<sup>9</sup>. Ao revés, trata-se de uma opção legislativa de empregar um instrumento regulatório, de controle público (art. 170, parágrafo único, da CF) mais intenso<sup>10</sup>,

---

<sup>8</sup> A esse respeito, Victor Rhein Schirato destaca *ser necessário, ainda, demarcar que as autorizações, embora sujeitas a intensa regulação estatal, não implicam a existência do regime de serviço público* (SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre Iniciativa nos Serviços Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 317).

<sup>9</sup> Nessa mesma linha, Eduardo García De Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que a autorização do Estado à atividade econômica deliberadamente sujeita à esfera de atuação do setor privado se trata de ato que *pressupõe a titularidade prévia de um direito, marcado por um caráter declaratório líquido, com a finalidade de controlar seu exercício* (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo: Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 162).

<sup>10</sup> Sobre a distinção entre serviço público e atividade econômica privada, Alexandre dos Santos Aragão ensina da seguinte forma: *Nos serviços públicos não há um direito preeexistente que limite a regulação estatal, sendo todos os direitos decorrentes do contrato de concessão, não de uma situação jurídica preeexistente que desse ao particular direitos ao exercício da atividade. O Estado pode, por exemplo, observada a legislação setorial, deixar de delegar a atividade ou, quando já delegada, retomá-la com o pagamento das indenizações previstas em lei. Ao revés, em se tratando de atividade*

que, todavia, não desloca para o Estado a prerrogativa de definir todos os contornos da prestação da atividade ou suas características essenciais, que são protegidas pela liberdade comercial<sup>11</sup>.

- 6.4. Por isso, pode-se dizer que a função da autorização prévia prevista na legislação é a de declarar que a pessoa jurídica responsável preenche as condições necessárias ao exercício de um direito que já detém. A função da autorização reside apenas em “levantar” um requisito adicional ao seu exercício.
- 6.5. Essa afirmação é reforçada pelo teor do art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 5.768/1971, que, ao prever as exigências para a autorização, destaca, em primeiro lugar, ser necessário que se comprove a quitação de *impostos federais, estaduais e municipais, bem como com as contribuições da Previdência Social*.
- 6.6. Em sentido semelhante, ao tratar das autorizações para distribuição de prêmios por organizações da sociedade civil, o art. 4º, § 1º, “a”, da Lei Federal nº 5.768/1971 exige *comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta Lei e de que se enquadra nos termos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*.

---

*privada, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, pode ser limitado por normas de Direito Público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade, mas, mesmo nesses casos, há um mínimo daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado contra qualquer interesse coletivo, por mais relevante que seja* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. In. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 3, n. 10, pp. 9-48, abril/junho 2005. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 18) (grifou-se).

<sup>11</sup> Nesse sentido, Victor Rhein Schirato destaca que as autorizações nada mais são do que um instrumento de controle exercido pelo Estado para o desempenho de atividades privadas em mercados que demandam algum controle de ingresso e/ou de atuação de seus agentes. (...) Portanto, ainda que sujeita a alguma regulação estatal, esta regulação não pode ser intensa a tal ponto de suprimir o caráter privado da atividade (SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 334).

7. Dessa forma, na linha do quanto prevê o art. 170, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal, a escolha por prestar a atividade e a prerrogativa de delimitar as características essenciais de sua oferta estará protegida pela liberdade de iniciativa, que há de ser limitada apenas por previsões legais – em especial, aquelas da Lei Federal 5.768/1971<sup>12</sup>.

7.1. Dentre as diversas consequências dessa afirmação está a de que as limitações públicas hão de ser interpretadas como exceções e, invariavelmente, de maneira restritiva. É dizer: a regra é a liberdade de atuação privada na distribuição de prêmios a título de propaganda, salvo nos casos específicos em que as características da atividade estejam exatamente enquadradas nos termos da Lei Federal nº 5.768/1971, quando, então, estará sujeita à prévia autorização pública.

7.1.1. Por mais que essa regra decorra da leitura do art. 1º, IV, e art. 170, *caput* e parágrafo único da CF, a Lei nº 13.874/2019 (“LLE” ou “Lei de Liberdade Econômica”), norma geral de direito econômico no País, trouxe inovadoras previsões expressas para garantir alguns direitos do particular em face do Estado quando do exercício de atividades econômicas privadas.

7.1.2. No art. 2º, III, a LLE reconhece como princípio a *intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*, referendando a conclusão de que

---

<sup>12</sup> Na ordem econômica delineada pela Constituição de 1988, o regime geral de exploração da atividade econômica é o da liberdade de iniciativa, conforme definido pelo *caput* do art. 170. No entanto, coexistem com esse regime geral alguns mecanismos excepcionais de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido amplo, os quais devem necessariamente ser interpretados de forma restritiva, considerando-se a liberdade como regra. A intervenção excepcional tem os limites dados pela própria Constituição, que determina a aprovação de lei em sentido formal para: (i) a instituição de regime autorizativo para o exercício de qualquer atividade econômica em sentido estrito (...) (PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira. Desregulamentação e continuidade na intervenção estatal sobre o domínio econômico: o caso das cotas de importação favorecida de açúcar. In. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 272, maio/agosto de 2016, pp. 175-208. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016, pp. 182-183).

todas as limitações públicas amparadas em lei às atividades privadas devem ser interpretadas de maneira restritiva, privilegiando a liberdade privada para atuar no mercado.

- 7.1.3. Ademais, o mesmo art. 2º, II, da LLE reconhece a boa-fé do particular em face do Poder Público, o que reforça a necessidade de que o Estado, interpretando restritivamente as limitações legais ao exercício das atividades econômicas, desconstitua essa presunção, atraindo a si o ônus da prova. Se for incapaz de demonstrar que o particular incidiu nas restrições ou vedações legais, ilícito não haverá, ainda que possa haver dúvidas a respeito de sua materialidade ou não.
8. É a partir dessas lentes que se deve ler as limitações impostas pela Lei Federal nº 5.768/1971 a algumas formas de distribuição gratuita de prêmios. E, conforme tratado no tópico subsequente, entendemos que as Campanhas de Incentivo não estão contempladas em tais limitações.

## **II.2. Ausência de enquadramento nas hipóteses do art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971**

9. A fim de entender por que motivos as Campanhas de Incentivo não se enquadram nas limitações impostas pelo art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971, é necessário expor suas características e variações, cotejando-as, na sequência, com os requisitos da norma.
- 9.1. Primeiramente, destaca-se que o dispositivo legal mencionado acima requer que a distribuição de prêmios seja gratuita<sup>13</sup> e a título de propaganda, com o propósito de promover a marca. Além disso, ela precisa ser realizada por meio de sorteio, vale-brinde, concurso, ou modalidade assemelhada; ou seja: necessariamente deve envolver o acaso ou algum tipo de álea, de modo que a definição do vencedor não seja totalmente gerenciável pelos envolvidos.

---

<sup>13</sup> Como detalhado adiante, a gratuitade a que se refere a lei trata de não se exigir contraprestação para participar da promoção comercial. Por mais que o critério de escolha do premiado envolva uma série de ações do participante, isso não desnatura o caráter gratuito da promoção, uma vez que não há contrapartida para a participação.

9.1.1. A Portaria ME 41/2008 apresenta definições para cada uma das modalidades de promoções comerciais, conforme a seguir (art. 2º, II, III, IV e V):

Modalidades de Promoções Comerciais		
#	Modalidade	Definição
1	<i>Sorteio</i>	Promoção comercial, na qual são emitidos, em séries de no máximo cem mil números, elementos sorteáveis numerados, distribuídos concomitante, aleatória e equitativamente e cujos contemplados são definidos com base nos resultados das extrações da Loteria Federal ou com a combinação de números desses resultados. Nesta modalidade, a premiação deverá ser idêntica para cada série, quando emitida mais de uma para um mesmo período de participação.
2	<i>Vale-brinde</i>	Promoção comercial na qual a forma de contemplação é instantânea, na qual o brinde é colocado no interior do produto ou dentro do respectivo envoltório, atendidas às normas prescritas pelos órgãos de saúde pública e de controle de pesos e medidas. Admitir-se-á a distribuição do brinde por outra forma, desde que seja possível a identificação do prêmio, seja por meio de dizeres, seja por símbolos e que cumpra todos os requisitos constantes nos arts. 23 e 24 do Decreto 70.951/1972.
3	<i>Concurso</i>	Promoção comercial mediante concurso de previsões, cálculos, testes de inteligência, seleção de predicados ou competição de qualquer natureza. Exige-se que se garanta pluralidade de concorrentes e uniformidade nas condições de competição.
4	<i>Modalidade assemelhada</i>	Promoção comercial concebida a partir da combinação de fatores específicos de cada uma delas, preservando-se suas características básicas, como meio de habilitar concorrentes e apurar os ganhadores, de acordo com as definições a seguir:

Modalidades de Promoções Comerciais		
#	Modalidade	Definição
4	Modalidade assemelhada	<p>a) Assemelhada a Sorteio: modalidade na qual a mecânica promocional combina fatores apropriados às demais modalidades, notadamente, concurso ou vale-brinde, permanecendo obrigatoriamente o vínculo dos números atribuídos com os resultados das extrações da Loteria Federal;</p> <p>b) Assemelhada a Vale-brinde: modalidade na qual a forma de contemplação é instantânea, porém, nem todos os elementos de participação correspondem a um brinde; e</p> <p>c) Assemelhada a Concurso: modalidade, baseada em concurso, na qual ocorre empate entre os participantes que cumpriram os requisitos da promoção, admitindo-se o desempate por meio de apuração aleatória entre os cupons impressos e acondicionados em uma única urna, para definição do contemplado. Excepcionalmente, poderá ser admitida a substituição da urna por recipiente ou por um único local, desde que previamente autorizado.</p>

9.1.2. Quaisquer das modalidades apresentadas acima poderão ser requeridas para autorização prévia da SECAP, *ainda que não haja vinculação com a compra, ou a exigência de prova de compra, podendo ser efetuadas promoções visando exclusivamente a propaganda da pessoa(s) jurídica(s) requerente(s) e de seus produtos* (art. 1º, § 2º, da Portaria ME 41/2008).

9.2. Ainda, a SECAP, por meio da Nota Informativa SEI nº 11/2018/COGPS/SUFIL/SEFEL-MF (“Nota Informativa 11/2018”) e visando a orientar a interpretação da Lei Federal nº 5.768/1971<sup>14</sup>, destacou que *estão sujeitas*

---

<sup>14</sup> A Nota Informativa 11/2018 foi publicada pelo Ministério da Economia, em 28.09.2018, com o fim de esclarecer a operação de distribuição gratuita

*à necessidade de prévia autorização as operações de distribuição gratuita de prêmios, em que se consumar a presença ou a ocorrência de ao menos um dos seguintes elementos, além de outros:*

- (i) distribuição gratuita de prêmios com limitação ao estoque;
- (ii) premiação aos primeiros que cumprirem o critério de participação;
- (iii) quantidade fixa de prêmios;
- (iv) qualquer outro critério de participação, além da compra dos produtos ou serviços da promotora;
- (v) realizada concomitantemente com promoção comercial autorizada;
- (vi) realizada por mais de uma empresa, com benefício em detrimento de outras; e
- (vii) entrega do prêmio condicionada a alguma modalidade de álea ou pagamento pelos participantes, além da compra dos produtos ou serviços da promotora.

9.3. Nota-se que mesmo nos casos (i), (ii) e (iii), a definição do vencedor não cabe apenas àquele que decide participar, uma vez que ela depende de quanto ágil for tanto o participante quanto os demais competidores. Envolve, portanto, algum elemento de aleatoriedade, muito embora esse não seja o critério exclusivo envolvido na definição do vencedor<sup>15</sup>.

---

de prêmios comumente denominada pelo mercado de “comprou-ganhou e operações do gênero”.

<sup>15</sup> Vale observar que esse raciocínio também se aplica ao caso de pessoas naturais e pessoas jurídicas competirem entre si na Campanha de Incentivo. E isso por duas razões. Primeiro, porque os critérios de performance serão individuais e contemplarão distinções para ajustar possíveis vantagens competitivas de uns em face aos demais ou, ainda, poderão oferecer critérios variados de avaliação da performance a depender da localidade em que os corretores ou os clientes se encontram, público-alvo, etc. Em segundo lugar,

10. Uma vez apresentadas as características das distribuições de prêmios que estão sob o controle do Poder Público, passamos a compará-las com as Campanhas de Incentivo.

### **II.2.1. As Campanhas de Incentivo**

11. Como premissa geral, as Campanhas de Incentivo têm como um de seus propósitos<sup>16</sup> estimular a melhoria do desempenho e a dedicação de alguns corretores de seguros mediante o oferecimento de prêmios por parte das seguradoras. Ocorre que nem todos os corretores podem participar de tais iniciativas, cujos prêmios tampouco são sorteados de maneira aleatória.

11.1. Por outro lado, as seguradoras preveem regras e diretrizes objetivas para regrar a participação dos corretores nas Campanhas de Incentivo, as quais estão previstas em regulamento próprio, com critérios objetivos para a distribuição dos prêmios. Isso é fundamental, até porque, caso estivessem sujeitas apenas ao acaso, não se incentivaría comportamento algum.

11.2. A tabela abaixo define as características de três modalidades de Campanhas de Incentivo que são rotineiramente praticadas pelas seguradoras<sup>17</sup>:

---

porque como os executores das metas também são indivíduos, mesmo na eventualidade de uma pessoa jurídica se sagrar vencedora da Campanha de Incentivo, na maioria das vezes, haverá de ser a pessoa natural a que receberá o prêmio correspondente. Dessa forma, ao fim e ao cabo, por mais que haja uma pessoa jurídica envolvida, os aspectos mais relevantes da iniciativa invariavelmente envolverão o indivíduo.

<sup>16</sup> É certo que também há outros objetivos, em especial a fidelização do corretor e, espera-se, também do cliente, à seguradora, a elevação das vendas por parte da seguradora e, a partir disso, o aumento de seu faturamento e presença no mercado, como detalhado adiante. Verificam-se, portanto, propósitos indiretos, uma vez que o destinatário imediato da Campanha de Incentivo é o corretor e não a população em geral, que por ela é afetada de maneira indireta e, por vezes, sem nem mesmo ter ciência de que o corretor está participando de tal iniciativa.

<sup>17</sup> As informações a respeito das modalidades de Campanhas de Incentivo tiveram como base o conteúdo de consulta formal feita por terceiro à SECAP, que nos foi encaminhada por e-mail.

	Modalidades de Campanhas de Incentivo
	# Modalidade
	Características
1 Campanha de Incentivo com limite de premiação	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Quantidade limitada de prêmios distribuídos entre os mais bem colocados a partir do critério de volume de vendas;</li> <li>- Ranking formado de acordo com a pontuação feita por cada corretor de seguros, conforme regulamento divulgado pelas seguradoras; e</li> <li>- Prêmios pré-definidos conforme a posição no ranking.</li> </ul>
2 Campanha de Incentivo sem limite de premiação	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ausência de limites quanto à quantidade de premiação;</li> <li>- Todos os participantes que aderirem à Campanha de Incentivo e realizarem vendas em determinado período terão direito ao prêmio; e</li> <li>- Cada venda é convertida em pontos, que serão somados e trocados por prêmios relacionados em catálogos, conforme diretrizes previstas em regulamentos das seguradoras.</li> </ul>
3 Campanha de Incentivo por metas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ausência de limites quanto à quantidade de premiação;</li> <li>- Os corretores de seguros que aderirem à Campanha de Incentivo terão metas individuais definidas, que, se superadas, os tornarão elegíveis a prêmios, conforme diretrizes dos regulamentos; e</li> <li>- Cada venda é convertida em pontos que serão somados e, uma vez superada a meta pessoal, poderão ser trocados por prêmios relacionados em catálogos.</li> </ul>

12. Das informações elencadas acima, cabe apontar alguns elementos das modalidades de Campanhas de Incentivo que podem se assemelhar com as hipóteses do art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971, considerando as orientações da Portaria ME 41/2008 e da Nota Informativa 11/2018, discutindo também suas diferenças.

12.1. Em relação à Campanha de Incentivo com limite de premiação (item 1 da tabela), a semelhança pode estar no fato de haver distribuição gratuita de prêmios com limitação ao estoque e existir competição entre os participantes, o que poderia servir de argumento para enquadrar tal modalidade quanto distribuição gratuita de prêmios por meio de concurso.

12.1.1. Na nossa perspectiva, a legislação não emprega o termo “distribuição gratuita” de prêmios no sentido de “negócio jurídico a título gratuito”, para o diferenciar daqueles onerosos e, assim, se referir a iniciativas que não envolvam qualquer tipo de obrigação daqueles que dela participam.

12.1.2. A regra, por outro lado, trata de gratuidade em oposição à exigência de contraprestação pecuniária para participar da iniciativa. Dessa forma, a Lei Federal nº 5.768/1971 e sua regulamentação não seriam aplicáveis às Campanhas de Incentivo que envolvessem o pagamento de inscrição como requisito para a participação, independentemente de, para fins de se sagrar vencedor, o participante também tenha obrigações para cumprir.

12.1.3. Nesse contexto, o fato de as Campanhas de Incentivo envolverem obrigações para que os participantes se sagrem vencedores não descaracteriza a gratuidade uma vez que não há contraprestação para a admissão dos participantes.

12.1.4. Como se verifica da parte final do inciso IV do art. 2º da Portaria ME 41/2008, a caracterização dessa hipótese exigiria, ainda, que houvesse pluralidade de competidores com idênticas condições de competição. É importante tecer algumas considerações para que se possa entender por quais motivos as Campanhas de Incentivo também não se enquadram na referida previsão.

12.1.5. Primeiramente, se observada apenas a etapa de seleção dos competidores, não há igualdade de condições, não são todos os corretores que podem participar da Campanha de Incentivo, mas apenas aqueles que preencherem as características do regulamento em questão.

12.1.6. Ainda que esse argumento fosse superado, vale notar que os critérios para seleção do vencedor estão atrelados ao cumprimento de metas de vendas, o que permite concluir que terão melhores condições de competir aqueles com mais recursos à mão, mais acesso a diferentes bases territoriais e, ainda, mais disponibilidade de recursos (humanos, tecnológicos e financeiros) para angariar clientela e estender sua atuação a um maior número de bases territoriais.

12.1.7. Dentre os selecionados, pode haver tanto corretores pessoas naturais como pessoas jurídicas, o que, por si só, já pode representar uma distinção nas condições de competitividade e capacidade de interagir com a clientela. Da mesma maneira, os participantes com mais condições econômicas e que já possuam maior clientela, ao menos em regra, também possuem maior possibilidade de vencer do que aqueles menos abastados.

12.1.8. Não bastasse isso, vale notar que também não há regra que impeça as seguradoras de criarem elementos para incentivar que a captação dos corretores prefira determinado público-alvo, estabelecendo diferentes formas de avaliar os competidores com base na clientela captada, instituindo critérios para privilegiar perfis, renda, localização geográfica etc. Também nessa eventualidade haverá distinções nas condições de competitividade, uma vez que nem todos os corretores qualificados para a Campanha de Incentivo terão as mesmas oportunidades de acessar clientes com as características escolhidas pela seguradora correspondente.

12.1.9. Por fim, também seria possível sustentar que a Lei Federal nº 5.768/1971 visa a proteger a economia popular e não determinados grupos que possam participar em iniciativas como as Campanhas de Incentivo. A partir dessa perspectiva, a discussão sobre a existência de igualdade de condições dentro do grupo pré-selecionado para competir na referida Campanha de Incentivo até mesmo perderia o sentido, dado se situar fora do espectro de abrangência da norma.

12.2. Por sua vez, as Campanhas de Incentivo sem limite de premiação ou por metas são atividades com características

mais distantes em relação às promoções comerciais do art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971. Isso se dá em função de não haver limitação de prêmios em estoque nem competição entre os seus participantes: basta que os corretores de seguros participantes acumulem pontos, seja pelo critério de metas ou por quantidade de vendas em determinado período, que serão contemplados com prêmios (semelhante com o que ocorre com programas de milhagem, por exemplo).

13. Nota-se, portanto, que mesmo nos casos em que há alguma semelhança entre as características previstas na Lei Federal nº 5.768/1971 e as Campanhas de Incentivo, existem elementos sólidos que diferenciam umas das outras.
14. Talvez seja essa a razão pela qual a própria SECAP, em Boletim de Acompanhamento do Mercado de Loteria publicado em maio de 2019 (“Boletim”), deixou claro que *não requer autorização prévia para programas de fidelidade e campanhas de incentivo, já que não correspondem a promoções comerciais*<sup>18</sup>.
- 14.1. Essa orientação é extremamente relevante. A uma, por demonstrar que não é qualquer atividade que envolva a distribuição de prêmios que necessita de autorização prévia, corroborando com as conclusões indicadas no início deste Artigo; e, a duas, por **reconhecer de maneira expressa que atividades como as Campanhas de Incentivo se situam fora das hipóteses de incidência da Lei Federal nº 5.768/1971**, oferecendo orientação geral no sentido de que deixar de submeter tais iniciativas à autorização prévia da SECAP não há de ser ilícito.

## II.2.2. Ausência de qualquer similaridade com propaganda

15. Como se percebe, as Campanhas de Incentivo têm como propósito estimular o desempenho e a dedicação de

---

<sup>18</sup> Documento disponível no portal virtual do Ministério da Economia: <[https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-acompanhamento-loterias/arquivos/2019/boletim-loterias\\_ano3\\_edicao1-mai19.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-acompanhamento-loterias/arquivos/2019/boletim-loterias_ano3_edicao1-mai19.pdf)> . Acesso em 09.04.2021.

alguns corretores de seguros mediante o oferecimento de prêmios por parte das seguradoras àqueles que atingirem critérios objetivos definidos.

15.1. Não se trata, portanto, de publicidade aos consumidores, visando a despertar neles o interesse por adquirir o produto ou serviço. O público-alvo é outro: os corretores de seguro, que conhecem – e têm a obrigação legal de dar amplo conhecimento das coberturas e exclusões de cada produto aos seus clientes – todas as características do produto que comercializam e não estão em posição de hipossuficiência de informações face às seguradoras. E é também por isso que as Campanhas de Incentivo não se enquadram no conceito de propaganda comercial.

15.1.1. A esse respeito, destaca-se que a Lei Federal nº 4.680/1965, que dispõe sobre a profissão de publicitário, define *por propaganda* qualquer forma remunerada de difusão de ideias, **mercadorias ou serviços**, por parte de um anunciente identificado (art. 5º). Desse conceito legal, é possível entender que a propaganda se trata de atividade com intuito mercantil, visando a estimular o consumo junto a quem possa adquirir o produto ou serviço (o consumidor final).

15.1.2. Em sentido semelhante, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária dispõe que publicidade e propaganda são *atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias* (art. 8º).

15.2. Diferentemente das propagandas, as Campanhas de Incentivo **não são iniciativas comerciais direcionadas ao consumidor final (o segurado), instigando-o a adquirir mais apólices**. Por outro lado, as iniciativas são voltadas aos intermediários, com o propósito de os estimular a se empenhar nas vendas, para que desempenhem suas tarefas de maneira ainda mais eficiente.

15.3. É certo que, se assim procederem, mais apólices serão vendidas e o consumo será estimulado. Contudo, note-se

que a ação das seguradoras não tem nenhum efeito direto no comportamento do consumidor em potencial, que apenas será alcançado, ou não, a partir da dedicação dos corretores e da disponibilização de produtos e coberturas que agreguem valor e sejam atrativos aos segurados.

16. Portanto, também por essa perspectiva, percebe-se que não há relação entre as Campanhas de Incentivo e as hipóteses previstas no art. 1º da Lei Federal nº 5.768/1971. Enquanto as Campanhas de Incentivo visam a retribuir o mérito profissional dos corretores de seguros, as promoções comerciais a título de propaganda se destinam a difundir mercadorias ou serviços para o público consumidor final.

### **II.2.3. Inexistência de álea, do acaso**

17. Não bastasse não possuírem a finalidade de propaganda, as Campanhas de Incentivo também são instrumentalizadas de forma diferente das promoções comerciais, porque a premiação dos corretores de seguros não envolve qualquer espécie de sorte ou álea ou acaso.

17.1. Veja que a existência de álea é elemento essencial de acordo com a Lei Federal nº 5.768/1971. Este elemento está intrinsecamente conectado ao propósito do ato normativo, qual seja: proteger a economia popular, a partir da concepção de que a distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda poderia submeter consumidores finais a riscos, cuja materialização poderia lhes causar prejuízos em benefício daquele que realiza a promoção comercial<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Entendimento semelhante sobre qual seria a finalidade da Lei Federal nº 5.768/1971 pode ser evidenciado em julgados de tribunais federais. Nesse sentido, o Tribunal Regional da 3<sup>a</sup> Região (“TRF-3”) proferiu entendimento conforme a seguir: (...) 4 - O legislador [ao se referir sobre a Lei Federal 5.768/1971] deixou claro a dispensa de autorização pelo Ministério da Fazenda, posteriormente delegada à Caixa Económica Federal, em não havendo qualquer elemento condicionante de caráter mercantilista relacionado à participação do consumidor final em tais concursos, justamente com o fim de resguardá-lo de eventuais abusos por parte do poder econômico. Não cabe ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez (ubi lex non distinguit nec nos distingue debemus). No presente caso, não houve qualquer tipo de risco (álea) para o

18. Mas não é essa a realidade das Campanhas de Incentivo. A participação nessas iniciativas é voluntária e não submete o corretor a qualquer tipo de obrigação imediata, pena por não participar ou contraprestação para garantir que esteja dentre os selecionados a competir. Para que tenha acesso à oportunidade de obter os benefícios, os participantes deverão seguir o regulamento de cada modalidade de Campanha de Incentivo, dos quais constam critérios preestabelecidos para aferição do desempenho profissional de cada corretor.

18.1. Ao se embasar somente em condições e critérios pré-definidos e aferíveis de maneira clara, na forma já estabelecida no regulamento, fica claro que as Campanhas de Incentivo **não envolvem sorte ou álea**. Por outro lado, são instrumentos exclusivamente meritocráticos. Assim, também por esse argumento, situam-se fora do âmbito de incidência da Lei Federal nº 5.768/1971.

#### **II.2.4. Inaplicabilidade do art. 4º da Lei Federal nº 5.768/1971 às corretoras de seguros**

19. Conforme informações compartilhadas para embasar nossa análise, a SECAP teria fundamentado a conclusão de que as Campanhas de Incentivo dependeriam de autorização prévia por supostamente se enquadrarem no art. 4º da Lei Federal nº 5.768/1971<sup>20</sup>. Esse dispositivo prevê ser necessária a autorização prévia para distribuição de prêmios realizada por organizações da sociedade civil, com o intuito de arrecadar recursos para sua manutenção ou custeio.

---

*participante, bem como exigência de compra de produtos em valor mínimo como requisito prévio à sua participação no concurso, ou mesmo previsão de qualquer tipo de obrigação para os contemplados, de modo que não subsiste o argumento da ré no sentido de que a autora teria se valido do concurso em apreço para alavancar suas vendas por meio de propaganda comercial e com isso obter vantagem econômica, uma vez que não se pode estabelecer uma relação direta nesse sentido. (Apelação Cível 1902849, TRF-3, Terceira Turma, Des. Antônio Cedenho, julgamento em: 22.11.2017).*

<sup>20</sup> Art. 4º da Lei Federal Lei Federal nº 5.786/1971: *Art. 4º A distribuição de prêmios mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada realizada por organizações da sociedade civil, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio, depende de prévia autorização.*

20. Ocorre que tal dispositivo não pode ser utilizado para justificar o enquadramento das Campanhas de Incentivo na norma. E isso pela simples razão de tal artigo se referir apenas às organizações da sociedade civil, categoria em que as seguradoras não se enquadram.

20.1. Ora, as seguradoras são sociedades empresariais com fins lucrativos, cujos objetivos não guardam qualquer relação com as organizações da sociedade civil. Além disso, as Campanhas de Incentivo têm como objetivo estimular a performance profissional dos corretores de seguros, e não arrecadar recursos para a manutenção ou custeio das seguradoras, como demandaria o referido dispositivo.

20.2. Aqui, cabe anotar que as Campanhas de Incentivo não se prestam apenas a beneficiar os corretores de seguros. As seguradoras também se beneficiam com o maior número de vendas realizadas por aqueles, que foram, em alguma medida, motivados a captar mais clientes e aumentar o número de apólices emitidas.

21. Assim, tal relação comercial não tem qualquer similaridade com a distribuição de prêmios para captação de recursos realizada pelas organizações da sociedade civil e, portanto, entendemos que tampouco o art. 4º da Lei Federal nº 5.768/1971 poderia servir de fundamento a impor a necessidade de autorização prévia da SECAP para as Campanhas de Incentivo.

### **II.3. Vedaço a retroaco a (eventual) novo entendimento da SECAP**

22. Ainda que a SECAP viesse a adotar entendimento diverso do ora exposto, considerando que as Campanhas de Incentivo dependeriam de autorização prévia do órgão para que pudessem ser veiculadas, entendemos que essa interpretação apenas poderia se aplicar para o futuro, sem taxar de irregulares quaisquer iniciativas que tenham sido adotadas sem essa formalidade.

23. Com efeito, vale lembrar que, no Boletim, a SECAP já havia se manifestado expressamente sobre a **ausencia de**

*necessidade de autorização prévia para programas de fidelidade e campanhas de incentivo, já que não correspondem a promoções comerciais.*

24. É importante registrar que essa leitura se projeta sobre norma específica e foi veiculada em documento cujo propósito é oferecer um guia interpretativo ao mercado e, portanto, possui caráter de orientação geral. Dessa forma, não é possível que o órgão modifique sua interpretação para aplicar sanções aos particulares ou mesmo para declarar irregulares situações já constituídas, como as Campanhas de Incentivo que já tenham sido veiculadas no mercado.
25. A esse respeito, a Lei Federal nº 13.655/2018 (“Lei de Segurança Jurídica”) introduziu no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (“LINDB”) normas para garantir que os particulares, em interações com a Administração Pública, não fiquem sujeitos a alterações de juízo interpretativo por parte das autoridades públicas. Trata-se de vedação à retroatividade de novas orientações, conforme determina o art. 24 da LINDB<sup>21</sup>.
  - 25.1. É importante registrar que não são quaisquer interpretações que vinculam a autoridade em questão, mas, nos termos do parágrafo único do art. 24 da LINDB, *as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral*. Exatamente o caso do Boletim.
  - 25.2. Tais dispositivos visam a preservar interpretações do Poder Público sobre uma mesma situação, assegurando a estabilidade das relações para proteger a segurança jurídica, em homenagem ao princípio da confiança legítima do particular na Administração<sup>22</sup>. Assim, sempre

---

<sup>21</sup> Art. 24 da LINDB: *A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*

<sup>22</sup> Sobre o princípio da confiança legítima, Almiro do Couto e Silva dispõe da seguinte forma: *[a] segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um*

que um ato for praticado de acordo com orientação administrativa geral da época ele há de ser considerado válido mesmo que, no futuro, a interpretação sobre a regra vigente venha a mudar<sup>23</sup>.

25.2.1. A vedação ao chamado comportamento contraditório, inclusive, é reconhecida pela jurisprudência, com precedentes relevantes do Supremo Tribunal Federal (“STF”) e no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)<sup>24-25</sup>. Da mesma maneira, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) também entende que a Administração Pública não pode

---

*princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...] A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção da confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.* (DO COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. In. Revista de Direito Administrativo - RDA, v. 237, julho de 2004, pp. 271-315. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, pp. 273-274).

<sup>23</sup> Ao analisar o art. 24 da LINDB, Jacintho Arruda Câmara ensina da seguinte forma: *O novo dispositivo deixa claro que a irretroatividade, para assegurar a segurança jurídica, deve se estender à interpretação dos textos normativos não se atendo apenas à lei em sentido formal. (...) Aplicar uma nova leitura sobre o Direito a situações já consolidadas rompe a expectativa que se tem a respeito da irretroatividade das leis (ou seja, das normas jurídicas). A frustração da legítima expectativa da sociedade na preservação de situações constituídas sob égide do que se entendia como lícito é mais acentuado ainda quando se trata do entendimento assumido pelo próprio Estado, seja por meio de decisões judiciais, administrativas ou mesmo quando ela é encampada por práticas reiteradas de seus agentes burocráticos. (...) Em síntese, o art. 24 impede que decisão administrativa seja anulada (invalidada, na linguagem adotada pela lei) com fundamento em nova interpretação geral.* (CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. In. Revista de Direito Administrativo – RDA, Edição Especial, novembro de 2018, pp. 113-134. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, pp. 116-117).

<sup>24</sup> RE 837.311/PI, STF, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18.04.2016.

<sup>25</sup> REsp 1.229.501/SP, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgamento em 06.12.2016.

surpreender o particular com uma súbita mudança de entendimento, prejudicando situações já constituídas<sup>26</sup>.

26. Considerando que o Boletim veiculou entendimento da SECAP sobre regra específica de maneira geral e ampla, entendemos que ele preenche as características exigidas pelo parágrafo único do art. 24 da LINDB e, consequentemente, proporcionou base de confiança para as seguradoras terem realizado Campanhas de Incentivo sem autorização prévia.
27. Dessa forma, caso a SECAP venha a firmar entendimento em sentido contrário (o que, a nosso ver, seria ilegal e inconstitucional, como exposto), entendemos que ele não poderia afetar as Campanhas de Incentivo já realizadas. Mas não é só.
28. Para além de não afetar as situações já constituídas, na eventualidade de uma alteração de interpretação dessa natureza ocorrer, a SECAP também deveria estabelecer um regime de transição para que as seguradoras pudessem se adaptar à nova leitura da norma. É o que prevê o art. 23 da LINDB, segundo o qual a: *decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.*
- 28.1. No caso concreto, entendemos ser exatamente essa a situação. E isso porque uma interpretação que entendesse pelo enquadramento das Campanhas de Incentivo nas previsões da Lei Federal nº 5.768/1971 imporia um condicionamento de direito importante à livre iniciativa privada (autorização prévia pelo Poder Público), o que poderia afetar todo o planejamento daquelas iniciativas que já estão em curso.

---

<sup>26</sup> Acórdão 174/2019 – Plenário, TCU, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgamento em 06.02.2019.

28.2. Ajustar-se de maneira proporcional a essa eventual e improvável nova interpretação, portanto, demandaria um regime de transição que, caso não seja criado pela própria SECAP, certamente poderia ser requerido para resguardar os interesses do setor.

### **III – Corretor de seguros como público-alvo da campanha de incentivo – Ausência de propaganda e preservação do sistema concorrencial**

29. Nos termos da Lei Federal nº 4.594/1964 (“Lei do Corretor de Seguros”), os seguros podem ser contratados por intermédio de corretor ou diretamente entre segurador e segurado (art. 18)<sup>27</sup>.

30. De acordo com o art. 122 do Decreto-Lei nº 73/1966, *o corretor de seguros, pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado*, sendo-lhe atribuída, pelo art. 9º do mesmo ato normativo<sup>28</sup>, a incumbência de firmar propostas e solicitar a emissão de apólices quando em representação do segurado.

31. O corretor de seguros não é o consumidor final dos produtos comercializados pela seguradora e, portanto, benefícios por ele recebidos não se prestam à publicidade ou propaganda securitária, nem mesmo indireta. Ademais, práticas que estimulem a expansão do relacionamento comercial entre o corretor de seguros e a seguradora não isentam o intermediário do cumprimento de seus deveres legais para com os segurados.

---

<sup>27</sup> Art. 18 da Lei do Corretor de Seguros: *Art. 18 As sociedades de seguros, por suas matriz, filiais, sucursais, agências ou representantes, só poderão receber proposta de contrato de seguros: a) por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado; b) diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes.*

*Art. 9º do Decreto-Lei 73/1966: Art. 9º Os seguros serão contratados mediante propostas assinadas pelo segurado, seu representante legal ou por corretor habilitado, com emissão das respectivas apólices, ressalvado o disposto no artigo seguinte.*

<sup>28</sup> Art. 9º do Decreto-Lei 73/1966: *Art. 9º Os seguros serão contratados mediante propostas assinadas pelo segurado, seu representante legal ou por corretor habilitado, com emissão das respectivas apólices, ressalvado o disposto no artigo seguinte.*

31.1. A título de exemplo, o corretor zela pelos interesses do seu cliente e responde, na forma do art. 20 da Lei do Corretor de Seguros<sup>29</sup> e do art. 22 da Circular SUSEP nº 510/2015<sup>30</sup>, profissional e civilmente pelas declarações inexatas contidas em propostas por ele assinadas, independentemente das sanções que forem cabíveis a outros responsáveis pela infração.

31.2. Importante observar que a Resolução CNSP nº 382/2020 prevê princípios que norteiam a conduta dos corretores de seguros e obrigações que a eles são impostas. Dentre essas obrigações, destacam-se as seguintes: (i) levar em consideração os interesses de diferentes tipos de clientes ao longo do ciclo de vida dos produtos, assim como nas portabilidades entre produtos, quando for o caso; e (ii) informar ao adquirente sobre a existência de obrigação de atuação como intermediário de produtos de seguros, de capitalização ou de previdência complementar aberta com exclusividade ou os nomes das respectivas empresas, caso não haja contrato de exclusividade<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Art. 20 da Lei do Corretor de Seguros: *Art. 20 O corretor responderá profissional e civilmente pelas declarações inexatas contidas em propostas por ele assinadas, independentemente das sanções que forem cabíveis a outros responsáveis pela infração.*

<sup>30</sup> Art. 22 da Circular SUSEP 510/2015: *Art. 22. O corretor de seguros responde civilmente perante os segurados e as sociedades seguradoras pelos prejuízos que causar no exercício da atividade de corretagem, por ação ou omissão, dolosa ou culposa.*

<sup>31</sup> Art. 3º, § 1º, IV e art. 4º, § 1º, III, da Resolução CNSP 382/2020: *Art. 3º Os entes supervisionados e os intermediários devem conduzir suas atividades e operações ao longo do ciclo de vida do produto, no âmbito de suas respectivas competências, observando princípios de ética, responsabilidade, transparéncia, diligência, lealdade, probidade, honestidade, boa-fé objetiva, livre iniciativa e livre concorrência, promovendo o tratamento adequado do cliente e o fortalecimento da confiança no sistema de seguros privados. § 1º A observância do disposto no caput requer, no mínimo, as seguintes providências: (...) IV - levar em consideração os interesses de diferentes tipos de clientes ao longo do ciclo de vida dos produtos, assim como nas portabilidades entre produtos, quando for o caso (...) Art. 4º A relação entre o ente supervisionado e o intermediário não deve prejudicar o tratamento adequado do cliente, devendo ficar claro para os clientes qualquer conflito de interesses decorrente desta relação. § 1º Antes da aquisição de produto de seguro, de capitalização ou de previdência complementar aberta, o intermediário deve disponibilizar formalmente ao cliente, no mínimo, informações sobre: (...) III - a existência de alguma obrigação contratual para atuar como intermediário de produtos de seguros, de capitalização ou de*

32. Pode-se, portanto, compreender que o consumidor está devidamente amparado mesmo nos casos de atuação do corretor mediante contrato de exclusividade com determinada seguradora, posto que sempre terá acesso à informação relativa à exclusividade ou ao nome da empresa com a qual a corretora mantém relação comercial, conforme o caso.

33. E a seguradora, ao distribuir prêmios aos corretores de seguros, não está a beneficiar ou a propagandear ao consumidor final de forma direta, dado que não é este o público-alvo da Campanha de Incentivo, ainda que venha a ser indiretamente afetado por ela.

33.1. Ora, por mais que possa haver entendimentos contrários, não parece haver dúvidas de que o destinatário imediato das Campanhas de Incentivo é o corretor, uma vez que seu propósito primeiro é promover reconhecimento do intermediário pelo atingimento de certos critérios pré-definidos e organizados em metas de desempenho.

33.2. É evidente que as seguradoras também estruturam as Campanhas de Incentivo com o fim último de ampliar sua participação no mercado, elevar seu faturamento e fidelizar seus corretores (e eventualmente, espera-se, os clientes). E isso é absolutamente natural, sobretudo quando se leva em consideração o fato de o mercado de seguros se organizar como atividade econômica com a finalidade de lucro.

33.3. O ponto é que, se o propósito da norma fosse controlar os efeitos que determinada atividade regulada tem, teria instituído controles olhando para o resultado e não para a própria realização da atividade, como ocorre com a autorização.

33.4. Entendimento diverso desnaturaria os preceitos contidos na Lei Federal nº 5.768/1971 e implicaria em

---

*previdência complementar aberta com exclusividade para um ou mais entes supervisionados, informando os respectivos nomes ou os nomes dos entes supervisionados para os quais atua como intermediário, caso não haja contrato de exclusividade.*

ônus injustificado às seguradoras, descumprindo o princípio da legalidade que deve nortear a conduta da Administração Pública<sup>32</sup>, o que não se poderia admitir. Ainda, a liberdade é garantia no exercício de atividades econômicas (a exemplo da corretagem de seguros), sobre as quais o escrutínio do Estado deve ser limitado à intervenção subsidiária e excepcional, devidamente justificada<sup>33</sup>.

- 33.5. Como visto na Seção II desse documento, a Lei Federal nº 5.768/1971 regula a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de **propaganda**, com o claro e anunciado propósito de proteção à poupança popular e em defesa do equilíbrio concorrencial, e do consumidor, nas situações em que estiverem presentes os elementos *sorte* e *competição*.
34. O elemento autorizador da intervenção estatal, como visto, é promover a defesa da poupança popular contra ações gratuitas de propaganda que atinjam, ou possam atingir, o consumidor, fazendo-o *competir* ou depender do elemento *sorte*. Evitam-se, assim, distorções concorrenceis que impactem, ou possam impactar, o livre mercado.
35. Nesse contexto, e conforme mencionado anteriormente, as Campanhas de Incentivo, tomadas no contexto entre seguradora e corretor de seguros, não se enquadram no panorama fático para o qual fora desenhada a política de intervenção da Lei Federal nº 5.768/1971.
- 35.1. Prática usual de mercado, as Campanhas de Incentivo constituem ferramenta utilizada pelas empresas

---

<sup>32</sup> A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87).

<sup>33</sup> Nesse sentido, recapitulem-se as previsões do art. 2º, I e III, da LIE, que dispõem da seguinte forma: *Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (...) III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.*

seguradoras para estimular corretores de seguros a produzirem mais e, como consequência, objetivam incrementar os ganhos econômicos daquelas. O corretor torna-se elegível a ganhos adicionais em comissão ou em prêmios se, e somente se, atingir as metas pré-definidas, restando claro que a distribuição dos prêmios não se dá a título meramente gratuito, não havendo, também, que se falar no elemento *sorte*.

36. Em nosso entender, as Campanhas de Incentivo não estão sujeitas à aprovação prévia da SECAP, pois, além de não serem destinadas ao público consumidor final, não constituem propaganda inerente às promoções comerciais, não regulam a distribuição gratuita de prêmios, não estão sujeitas à sorte dos que dela participam, nem inviabilizam ou limitam a livre competição.

#### **IV – Conclusões**

37. Com base no exposto, seguem nossas conclusões:

- (a) Não é necessária a anuência prévia da SECAP para a realização das Campanhas de Incentivo, uma vez que se trata de atividade econômica livre à iniciativa privada (art. 170, *caput*, da Constituição Federal), que está sujeita a regulação estatal (art. 174 da Constituição Federal), não se enquadrando dentre os serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal).
- (b) Por isso, as normas da CF e da LLE que tratam sobre a livre iniciativa e a intervenção mínima estatal na economia fornecem as lentes para se apurar os limites do controle da SECAP por meio de lei ou ato normativo.
- (c) A partir dessas lentes, comparamos as características das Campanhas de Incentivo em relação às hipóteses previstas no art. 1º da Lei Federal nº 5.786/1971 e não identificamos semelhanças que justificassem sua inclusão.
- (d) Em alguma medida, se determinada modalidade de Campanha de Incentivo apresentar algum elemento listado na Nota Informativa 11/2018, aumenta-se o risco de a SECAP exigir a autorização prévia.

- (e) De todo modo, o entendimento estatal constante do Boletim pode servir de meio para mitigar esse risco, somando-se ao fato de que inexiste finalidade de propaganda e álea nas Campanhas de Incentivo.
- (f) Além disso, também entendemos que não é possível enquadrar essa atividade das seguradoras no art. 4º da Lei Federal nº 5.786/1971, cuja regra deve ser aplicável somente às organizações da sociedade civil.
- (g) Por fim, concluímos na Seção II que, mesmo se a SECAP vier a alterar o entendimento que consta do Boletim e privilegiar interpretação diversa daquela lá veiculada, a entidade estatal não poderia penalizar as seguradoras que não pediram autorização prévia para Campanhas de Incentivo realizadas antes dessa alteração interpretativa, sob pena de descumprimento do art. 24 da LINDB.
- (h) As Campanhas de Incentivo a) são de adesão facultativa e beneficiam corretores em razão do atingimento de metas objetivas e factíveis; e b) destinam-se exclusivamente aos corretores, não estando voltadas ao público consumidor final, não possuindo, portanto, intuito de propaganda, mas sim de estimular a melhoria da produtividade e a dedicação dos corretores, através de recompensas, sendo os corretores livres para aderirem ou não às campanhas.

# VGBL como seguro de vida: destino do capital segurado em um caso de comoriência do segurado e beneficiários

Ricardo Bechara Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo tem como um de seus objetivos demonstrar que o VGBL é modalidade de seguro de vida e, como tal, sujeito às mesmas regras estabelecidas no Código Civil para os seguros de pessoa, notadamente sobre o destino do capital em caso de morte do segurado, inclusive no que tange à morte simultânea do segurado e beneficiários que caracteriza o fenômeno da *comoriência*, também e por conseguinte, como sucede com os seguros de vida e acidentes pessoais, que o capital estipulado no VGBL não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito, mas que, estando em branco a cláusula beneficiária, o capital será destinado consoante a *ordem de vocação hereditária* estabelecida no Código Civil. Por decorrência, o VGBL não pode nem deve se sujeitar a nenhum imposto sobre herança, ante o que dispõe claramente o artigo 110 do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>2</sup>. A 2<sup>a</sup> Turma do STJ em decisão recente de 19/11/21 (REsp nº 1.961.488), firmou entendimento sobre a não incidência do ITCMD justo por considerar o VGBL modalidade de seguro de vida<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

<sup>3</sup> **Nota:** veio a calhar importantíssima decisão do STJ favorável ao setor de seguros na mesma linha de fundamentação deste artigo e prolatada quando já havíamos fechado o nosso texto, na medida em que a Corte ao considerar o VGBL uma modalidade de seguro de vida, afasta a incidência do imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD) e, com isso, refreando

**Abstract:** The present study has as one of its objectives to demonstrate that VGBL is a type of life Insurance and as such, subject to the same rules established in the Civil Code for personal insurance, notably on the destination of capital in the event of death of the insured, including with regard to simultaneous death of the insured and his or her beneficiaries (concurrence). Also, and therefore – as with life and personal accident insurance – demonstrate that the capital stipulated in the VGBL is not subject to the insured's debts, nor is it considered an inheritance for all legal purposes, but that, being blank the beneficiary clause, the capital will be allocated according to the order of the hereditary vocation established in the Civil Code. As a result, the VGBL cannot and should not be subject to any inheritance tax, in view of what is clearly stated in article 110 of the National Tax Code (CNT).

**Palavras-chave:** VGBL. Seguro de vida. Seguro dotal. Cobertura por sobrevivência. Previdência privada. Benefício livre. Comoriência. Premoriência. Vocaçao hereditária. Herdeiros legais. Sucessão. Herança.

---

iniciativas dos Estados que baixaram leis para a incidência do tributo, no caso o Estado do Rio Grande Sul, sabido que outros Estados, inclusive o do Rio de Janeiro, editaram leis semelhantes. Assim, fundamentou a relatora (*ministra ASSUSETE MAGALHÃES*) no julgamento do **REsp nº 1961488**, seguida a unanimidade pelos seus pares da Segunda Turma, competente para julgar questões tributárias, que em não se considerando o seguro como herança para todos os efeitos de direito, como prevê o **artigo 794 do Código Civil**, cai no vazio a tentativa de tributação do VGBL com qualquer imposto sobre herança. A relatora explicou que, para a SUSEP - autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia, responsável por controlar e fiscalizar os mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, “*o VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) é um seguro de vida individual que tem por objetivo pagar um capital ao segurado, sob a forma de renda ou pagamento único, em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado*”. Ressaltou que a natureza securitária do VGBL também é conceituada na Resolução 140/2005 do CNSP, e já foi fixada em entendimentos da Segunda e da Quarta Turmas do STJ e pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.485. Como se vê, não apenas a jurisprudência reconhece a natureza de seguro do VGBL, mas também a própria agência reguladora do setor econômico o classifica como espécie de seguro de vida. Assim, resta evidente que os valores a serem recebidos pelo beneficiário, em decorrência da morte do segurado contratante de plano VGBL, não se consideram herança, para todos os efeitos de direito, como prevê o **artigo 794 do Código Civil**”. Declarou a Relatora que, na sua avaliação, tal entendimento é reforçado pelo disposto no **artigo 79 da Lei 11.196/2005**, segundo o qual, no caso de morte do segurado, *os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante*.

Tributário. Capital segurado. Provisão matemática. Risco. Prêmio. Beneficiário. Sinistro.

**Keywords:** VGBL. Life Insurance. Endowment Insurance. Survival coverage. Private pension plan. Free benefit. Comogeneity. Preeminence. Hereditary vocation. Legal heirs. Succession. Heritage. Tributary. Insured capital. Mathematical provision. Risk. Insurance premium. Beneficiary. Insurance claim.

**Sumário:** 1. VGBL é seguro e não plano de previdência, inclusive para fins tributários - A origem. 2. Recentíssimas decisões do TJSP sobre o tema. 3. VGBL e o artigo 794 do Código Civil. 4. O VGBL, o artigo 792 do Código Civil e a ordem de vocação hereditária. 5. Breve nota sobre casos de comoriência. 6. Notas suplementares sobre o beneficiário do seguro de vida e, conseqüentemente, do VGBL. 7. Conclusão. 8. Referências onomásticas.

### **1 - VGBL é seguro e não plano de plano de previdência, inclusive para fins tributários - A Origem**

Desde o limiar da regulamentação do VGBL no Brasil, os órgãos de controle e normativo do setor - SUSEP e CNSP -, ao editarem as primeiras normas referentes ao VGBL e PGBL, já davam os primeiros passos para conferirem ao seguro e aos planos de previdência privada, como às respectivas entidades que os operam, tratamentos diferenciados - também assemelhados - e próprios (*veja-se por exemplo as Circulares 210 e 212 na época vigentes, ambas de 2002, ao regularem o VGBL - Vida Gerador de Benefício Livre - e o PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre -, como também a Lei Complementar 109/01, tratando das operações de previdência privada, e o Decreto-Lei 73/66 das de seguro*). No mesmo sentido a MPV nº 2.158-35/01, considerando o VGBL como seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência e prescrevendo tratamento tributário próprio, distinto do dispensado aos resgates dos planos de benefícios de caráter previdenciário e à dedutibilidade das contribuições para tais planos na determinação da base de cálculo do imposto de renda devido pelas pessoas físicas na declaração anual de ajuste e na fonte, nos termos do seu art. 63.

O VGBL seguro de vida é como que irmão caçula do seguro dotal, ambos constituídos como seguros de pessoa por sobrevivência. PONTES DE MIRANDA<sup>4</sup>, ao falar sobre o seguro privado por morte e sobre o seguro de vida por sobrevivência, já assinalava que,

---

<sup>4</sup> Tratado de Direito Privado, vol. 43, § 4.958, pág. 9.

no primeiro, o sinistro “é a morte do segurado ou do terceiro” e, no segundo, o sinistro “consiste em sobreviver o segurado, ou o terceiro, a um determinado dia, ou a dia determinável”. E como ele próprio já afirmava,

*Não se há de dizer que a exigência de interesse segurado não exista para o seguro de vida. Se assim não fosse, deturpar-se-ia o instituto, assimilando ao jogo e à aposta. O segurado tem interesse em permanecer vivo e tem interesse em que, se morrer antes de alguma data ajustada, ou se morre logo, ou cedo, se lhe ressarça o dano em benefício de outrem. Igual se dá se se contrata seguro de renda vitalícia ou temporária, a favor de terceiro, ou se quer que se lhe preste algo se não morre até o tempo determinado.*

Assim é que tanto o seguro de vida por morte como o por sobrevivência, se enquadram perfeitamente na conceituação de seguro contida no art. 757 do atual Código Civil<sup>5</sup>, pois tanto um como o outro visam, mediante o pagamento do prêmio, a garantir legítimo interesse do segurado, relativo à sua pessoa..., contra riscos predeterminados

Dessas diferenças decorrentes de interpretações oficiais, também decorrem outros efeitos, sem que seja preciso adentrar em considerações pessoais sobre o tema. No VGBL, portanto, devendo ser considerado, sob a ótica do beneficiário indicado perante a seguradora, como um seguro de vida, sobrevindo o falecimento do segurado a provisão matemática de benefícios a conceder ou concedidos, a reversão dos resultados financeiros e o saldo da Provisão Técnica de Excedentes Financeiros, ou o capital segurado estipulado, não integrarão a herança para todos os efeitos, como preceitua o art. 794 do Código Civil<sup>6</sup>, podendo ser efetuado o pagamento, sem embargo, ao beneficiário livremente nomeado e independentemente de alvará judicial, desde que observada a cautela recomendada pela restrição prevista no art. 793<sup>7</sup> do mesmo diploma legal, quando caso, aliás, sem sujeição a

---

<sup>5</sup> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

<sup>6</sup> Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

<sup>7</sup> Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

retenção do imposto de renda de fonte, nos termos do Regulamento do Imposto sobre a Renda.

Com efeito, as operações de seguro de vida, em determinada fase de inovações, tal como hoje estamos vivenciando, mutatis mutandis, acabaram se agrupando como seguros do tipo flexível que passaram a ser conhecidos como os “*universal life*” e os seguros vinculados a fundos internos ou externos de investimentos (*unit link e total link*) na classificação criada pelo atuário madrileno JOSÉ E. GALLEGO DÍAS DE VILLEGAS (*Mapfre Madrid, 1997*), a partir de estudos, em 1975, de outro atuário, JAMES C. ANDERSON, dos Estados Unidos. É que nos EUA, na década de setenta, começaram a se idealizar novas modalidades de seguro de vida tradicional, dotando-o desses “produtos” de maior flexibilidade – *universal life* – com ampla aceitação dos consumidores. E isso porque se percebeu que o capital segurado e os prêmios careciam de ser modificados pelo tomador devido à circunstância de que a diferença dos seguros de vida tradicionais estaria no fato de que a reserva é o fator que fundamental e basicamente financia a cobertura do risco e não particularmente os prêmios, quando esses seguros, concorrendo com investimentos financeiros, começaram a ganhar escala pelos benefícios livres e portabilidades mais maleáveis, em condições de competição com outros segmentos de mercado, mas com o timbre e a segurança dos contratos de seguro, de particularidades financeiras bastante melhoradas. Foi então quando surgiram os seguros denominados “*universal life*”, tendo muitos países dado apoio fiscal através de benefícios incentivados, combinando-se a qualidade previdenciária do seguro de vida com melhor rentabilidade. Daí se seguindo os chamados seguros “*unit linked*” ou de capital variável vinculados a fundos de investimentos, que na verdade são desdobramentos do “*universal life*” com algumas inovações, vindo talvez daí a origem do VGBL que entre nós conhecemos, por força da globalização a que o instituto do seguro está tão afeito por natureza, e sempre movido pelo espírito da inovação<sup>8</sup>.

## 2 - Recentíssimas decisões do TJSP sobre o tema

Oportuno trazer à colação decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicada no *Boletim Jus Brasil* de 29/07/21 (mas a decisão é de 07/07/21), exarada por unanimidade na sua 9<sup>a</sup> Câmara Cível, que bem

---

<sup>8</sup> Santos, Ricardo Bechara, em *Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação própria* - 2<sup>a</sup> edição revista e ampliada, páginas 747 e seguintes.

compreendeu sobre a natureza jurídica do VGBL como contrato de seguro de vida, por isso pontificando o entendimento de que o VGBL no ordenamento jurídico vigente, sem hesitações, assume feição de seguro de vida e não integra acervo hereditário, submetendo-se às regras e disciplina estabelecidas no Código Civil atinentes ao contrato de seguro. Com efeito, a Câmara de Direito Privado do Tribunal (TJ/SP) negou provimento a um recurso contra decisão que afastou os valores do plano de Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) do acervo hereditário de uma das beneficiárias, justo sob o entendimento de que o VGBL assume feição de seguro de vida, não devendo ser considerada como típica aplicação financeira.

O caso julgado diz respeito à morte do contratante do seguro que, para o colegiado, *o dinheiro correspondente não é considerado herança e deve ser revertido a quem foi indicado como beneficiário, no caso o que sobreviveu à morte do outro beneficiário indicado (premoriência)*. O VGBL contratado pelo segurado tinha como beneficiários seu pai e sua mãe, esta que morreu antes do filho. Inconformados, os herdeiros da mulher interpuseram Agravo de Instrumento para que a quota a ela atribuída fizesse parte do acervo hereditário, para partilha entre todos os herdeiros, de modo que os outros 50% não fossem direcionados ao beneficiário sobrevivo, ou seja o pai do contratante do seguro, que afirmou ser o único beneficiário legítimo no VGBL, posto que o único beneficiário nomeado sobrevivente já que a cláusula beneficiária expressa não ficou em branco, ficando-lhe assegurado o direito de acrescer a seu benefício a parte da mãe do segurado que a ela tocaria se viva fosse. Realmente, consoante a boa doutrina e prestigiosa jurisprudência dos tribunais, havendo indicação expressa de mais de um beneficiário e havendo a premoriência - ou comoriência tanto faz - apenas de um deles, a parte deste vai para os outros indicados. Ou seja, não se aplicaria a regra do artigo 792 do Código, de modo a preservar a intenção do segurado instituidor qual a de que os seus pais fossem os beneficiários, sejam os dois ou apenas um deles em caso da premoriência do outro. Por isso, a ele deve ser liberado o valor integral do VGBL, como entendeu o desembargador relator do caso no Tribunal que deu voto favorável ao genitor do de cujus, sendo acompanhado **por unanimidade** de seus pares.

Destacou o magistrado que, se não foi disciplinado no contrato expressamente que os herdeiros legítimos da beneficiária indicada seriam os substitutos, cabe a prevalência da regra legal. O segurado, contudo, não apresentou expressa substituição de beneficiário, por ato entre vivos de última vontade, estando as previsões claramente

dispostas no artigo 791, parte final, do Código Civil de 2002<sup>9</sup>. Daí concluindo que o VGBL ostenta característica de seguro de vida e não pode ser equiparado a investimento financeiro para fins de herança, devendo assim ser destinada a integralidade dos valores alocados no VGBL ao pai do segurado.

Em igual sentido da decisão comentada neste tópico, vale trazer como amostra as seguintes ementas também de recentes julgados, até como demonstração de que não se trata de decisão isolada: **(I) Agravo de Instrumento nº 2112732-89.2020.8.26.0000, 9ª Câmara Cível do TJ/SP. Voto nº 31.275 INVENTÁRIO - Intempestividade - Inocorrência - Deserção - Afastamento - Previdência Privada - VGBL - Única beneficiária a mulher do falecido. Pretensão do inventariante de inclusão deste bem no monte mor - Indeferimento - Valores relativos a plano de previdência privada (VGBL) que não estão sujeitos a inventário, pois assumem natureza securitária e não são considerados herança - Art. 794 do CC.** Quantia que somente assume caráter de aplicação financeira se houver intenção de fraudar a ordem de execução hereditária. Fato que, em tese, não ocorre no caso dos autos - Valor da apólice de R\$ 184.304,12, enquanto o monte mor totaliza R\$ 1.280.393,66 e monte partível que corresponde a R\$ 640.196,83 - Recurso desprovido. Julgado em 5/07/21 (grifei). **(II) Agravo de Instrumento nº 2056934-12.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. 9ª Câmara Cível do TJ-SP. Ação de interdição - Falecimento da interdita - Decisão interlocutória que indeferiu o levantamento dos valores mantidos em VGBL em favor da falecida, determinando a sobrepartilha extrajudicial do valor - Prescindibilidade da medida - Art. 79, da Lei n. 11.196/05 - Configurada a natureza securitária dos valores deixados pela autora da herança a título de previdência privada - Expressa indicação de favorecidos, seus únicos herdeiros - Exclusão do numerário do acervo hereditário, art. 794 do Código Civil - Recurso provido. Julgado em 13/07/21 (grifei).**

### 3 - VGBL e o artigo 794 do Código Civil

Cabe uma vez mais gizar que VGBL - *Vida Gerador de Benefício Livre* -, legal e juridicamente, é qualificado e tipificado como modalidade de seguro de vida, seguro de pessoa, por conseguinte, tanto que operado por sociedade seguradora legalmente autorizada e regulamentado

---

<sup>9</sup> Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade. **Parágrafo único.** O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

pela SUSEP e pelo CNSP. Assim como o *seguro dotal*, por exemplo – passível de estruturação no regime de capitalização –, é tipicamente de sobrevivência e que permite o resgate em vida quando o segurado sobrevive a determinada data previamente ajustada, e, nem por isso, deixa de ser um “seguro de vida”. Da mesma forma o VGBL e outros similares, todos com seus fatores de risco determinados atuarialmente e que podem ser resgatados em vida pelo segurado, ainda que admitida a carência.

Consoante abalizada orientação técnica o *VGBL* é um “*produto*” onde está presente o elemento “risco” para a operadora. Isso porque, no momento da sua contratação, são definidos parâmetros próprios de uma operação de seguro de pessoa, com tábua biométrica e outros, que serão utilizados no futuro.

Posto assim, pela própria natureza desse seguro chamado VGBL, sem nenhum esforço de hermenêutica, a ele também se aplica o disposto no **artigo 794** do Código Civil, segundo o qual, como visto e transscrito em nota de rodapé mais atrás, no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito a dívidas do segurado, *nem se considera herança para todos os efeitos de direito* (grifei), na medida em que é explicitamente tratado pela legislação própria como seguro mesmo, tanto assim, vale repetir, que operado exclusivamente por sociedade seguradora, com os elementos e contornos que caracterizam um contrato de seguro de pessoa (*tem base atuarial, tem fator de risco, tem capital segurado, tem prêmio, tem indicação de beneficiário, tem evento futuro e incerto caracterizável como sinistro, morte ou invalidez etc.*), até porque, se seguro não fosse jamais poderia ser operado por uma sociedade seguradora, já que, consoante o artigo 73 do DL 73/66, a sociedade seguradora em regra está impedida de atuar em outra atividade que não seja a de seguro, não se confundindo, por exemplo, com uma instituição financeira ou bancária, por isso impedida de operar ou comercializar, digamos, contratos bancários, não podendo, por exemplo, comercializar cadernetas de poupança. Na via inversa, nenhuma instituição financeira autorizada a funcionar pelo BACEN pode operar em seguro, em que pese se admita aos seus estabelecimentos servirem como pontos de venda de seguros. E não é isso, de forma alguma, que retiraria a natureza jurídica dos contratos de seguro, dentre os quais o VGBL, pois qualquer modalidade de seguro pode perfeitamente ser considerada, lato sensu, uma forma eficaz de investimento, de um ótimo investimento, aliás, pela característica que tem de proteção do patrimônio pessoal e material das pessoas.

Nesse diapasão, como se trata de um “produto” de seguro, o VGBL herança não é, por isso dispensado de ser inventariado, pagando-se o capital segurado diretamente ao beneficiário indicado ou, se não houver indicação, diretamente aos herdeiros do segurado segundo as regras do direito sucessório e da vocação hereditária.

Daí se extrai que o capital segurado de regra não vai a inventário, justo porque o seguro de vida em caso de morte não é herança para nenhum efeito, seja o beneficiário nomeado herdeiro ou não, tampouco o capital segurado estipulado no seguro de vida denominado VGBL. As regras do direito sucessório servem como parâmetro ao segurador quanto a quem pagar diretamente o capital segurado, em caso de não nomeação ou indicação do beneficiário.

Ademais, em sendo seguro, como legal e juridicamente é, o VGBL se encaixa perfeitamente na rubrica “seguro de vida” no rol dos bens impenhoráveis estabelecido no artigo 833, inciso VI, do Código de Processo Civil.

#### **4 - O VGBL, o artigo 792 do Código Civil e a Ordem de Vocação Hereditária**

Nesse conseguinte, também se aplica ao VGBL o disposto no artigo 792 do Código Civil<sup>10</sup>, segundo o qual, *na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária*. Dispõe ainda que, *na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência*. Esta disposição, *mutatis mutandis*, é a reencarnação do Decreto-Lei nº 5.384/1943, segundo o qual, na ausência de herdeiro o capital era devido àquele que em seis meses demonstrasse que a morte do segurado o privou dos meios de subsistência e que, na ausência deste, o beneficiário passaria a ser a União e não a própria seguradora, obviamente (*a esse respeito veja ao final deste estudo excertos do mestre Pedro Ahim*).

---

<sup>10</sup> Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. **Parágrafo único.** Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

Está-se, pois, a ver, que no caso de inexistência ou não prevalência da nomeação que for feita - onde se inclui indicação indevida de beneficiário ou até mesmo a morte antecipada ou simultânea de todos os beneficiários indicados - o legislador convoca as regras do direito sucessório para determinar o destino do capital no caso de morte do segurado segundo a *Ordem de Vocação Hereditária* estruturada no **artigo 1.829 do CC**<sup>11</sup>. Tudo mediante as condições fixadas nos artigos 1.830 e seguintes.

Os descendentes encontram-se na primeira classe de sucessores em linha reta, ressaltando que estes não devem ser considerados apenas os filhos, mas também os netos, bisnetos e assim sucessivamente. Na segunda classe, encontram-se os ascendentes (*também sem limite de grau de parentesco*). Na terceira, o cônjuge sobrevivente<sup>12</sup> e na quarta e última, os colaterais, sendo certo ainda que a existência de uma classe exclui a outra.

Neste caso, a vocação hereditária há de ser aplicada, no que couber, em sua plenitude, com as pompas, circunstâncias e consectários pertinentes.

Considerando a situação examinada de que o segurado falecera em *comoriência* com os beneficiários nomeados (esposa e filhos), seria também o caso de se aplicar o antes transscrito artigo 792 do Código Civil, já que a cláusula beneficiária restou vazia e, em se aplicando o referido dispositivo, o capital deve ser por direito destinado aos herdeiros legais do segurado segundo a mencionada ordem de vocação hereditária estabelecida no Código, ou seja, aos descendentes mais próximos se o segurado tiver deixado algum outro filho e/ou netos vivos, se não, o capital se destina aos ascendentes mais próximos do segurado ou, se inexistentes, aos colaterais.

---

<sup>11</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

<sup>12</sup> O cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens do casamento, e se este for o da separação convencional, ele concorrerá com os descendentes à herança do falecido. Esse entendimento é da 2<sup>a</sup> Seção do STJ (REsp nº 1.382.170).

Assim é que, restando em branco a cláusula beneficiária, se o segurado tiver deixado filho vivo e os demais filhos comorientes (*os efeitos da comoriência são os mesmos da premoriência no caso*) tiverem deixado descendentes, ou seja, netos do segurado, o capital terá que ser também pago a esses netos, considerando a parte que deveria ser paga ao(s) seu(s) pai(s) comoriente(s), eis que no direito sucessório, chamado a operar de forma ampla nos termos do artigo 792, temos a regra da sucessão por cabeça ou por estirpe, caso em que, segundo o Art. 1.835 do CC *na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.*

A esse respeito, embora sem efetiva força vinculante, bem apropriado se me parece o **Enunciado nº 610** aprovado na VII Jornada de Direito Civil coordenada pelo MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR em 2015, assim ementado: ***"Nos casos de comoriência entre ascendente e descendente, ou entre irmãos, reconhece-se o direito de representação aos descendentes e aos filhos dos irmãos".*** E a *justificativa* que acompanha o enunciado se mostra bastante elucidativa, quando assim se expressa: *Parece claro que o direito de representação é concedido aos filhos de herdeiros pré-mortos. Nasce, no entanto, a dúvida se o direito de representação deve ser concedido aos filhos do herdeiro que falece simultaneamente ao autor da herança, em casos de comoriência. Maioria da doutrina não tem admitido o direito de representação, mas a jurisprudência tem se mostrado no sentido de concedê-lo aos filhos de herdeiros mortos em comoriência. Da leitura do art. 1.851 do Código Civil, vê-se a possibilidade de se reconhecer o direito de representação em casos de comoriência, uma vez que o artigo não faz menção à necessidade de pré-morte, estabelecendo apenas que os parentes do falecido podem suceder em todos os direitos em que ele sucederia se vivo fosse. Significa então, que ele pode ter morrido conjuntamente com o autor da herança, não havendo necessidade de ter morrido antes. Não reconhecer o direito de representação aos filhos de herdeiro falecido em concomitância com o autor da herança gera uma situação de verdadeira injustiça. (Referência Legislativa - Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002. ART: 1854; ART: 1851).*

Parece-me oportuno também esclarecer que, consoante a boa doutrina e prestigiosa jurisprudência dos tribunais, havendo indicação expressa de mais de um beneficiário e havendo a premoriência - ou comoriência tanto faz - apenas de um deles, a parte deste vai para os outros indicados. Ou seja, não se aplicaria a regra do artigo 792 do Código, de modo a preservar a intenção do segurado instituidor.

Mas aqui vale uma reflexão, para a hipótese em que o instituidor distribui o capital segurado em percentuais diferenciados para cada

um dos filhos indicados como beneficiários e um deles é comoriente. *Quid juris* sobre a distribuição da parte deste para os demais que sobreviveram, mesmo a despeito de o segurado haver indicado expressamente o capital em percentuais para cada um dos beneficiários. Penso que neste caso não há falar-se em cláusula em branco. É que, em linha de coerência, se existem beneficiários sobreviventes indicados, a parte do comoriente deve acrescer à dos sobreviventes na mesma proporção dos respectivos percentuais escolhidos pelo segurado para cada um deles, cumprindo-se assim a regra da presunção da última vontade do instituidor e da equidade, ou seja, se o segurado havia distribuído o capital entre, digamos, os três beneficiários que indicou na proporção de 10% para o comoriente, 60% para um dos sobreviventes e 30% para o outro sobrevivente, a distribuição do repasse seria: 60% dos 10% do pré-morto para o aquinhoador com 60% na cláusula beneficiária, e 30% dos 10% ao contemplado com 30% na cláusula. Até porque, não tendo o comoriente chegado a adquirir direito ao benefício, não tendo convertido sua expectativa de direito em direito adquirido, conseguintemente não teve espaço para poder transmiti-lo a seus eventuais herdeiros. É claro que, se houver resistência ou dúvida, a consignação em pagamento seria a alternativa.

Sobre a aplicação da premoriência/comoriência dos beneficiários e da ordem de vocação hereditária ver, por amostragem e no que for pertinente: **1)** *Apelação Cível 5ª Câmara Cível do TJ/RGS nº 70074031212 j. em 27/03/19; 2)* *REsp nº 1.413.730-SP j. em 18/02/19, Belizze; 3)* *Resp Nº 803.299 – PR j. em 5/11/13, Salomão; 4)* *REsp nº 803.299 – PR j. em 5/11/13, Antônio Carlos Ferreira, in Coletânea de Jurisprudência CNseg/ Ricardo Bechara, pg. 169; 5)* *REsp nº 1.401.358-RJ j. em 4/8/15, Ricardo Cueva, in Coletânea de Jurisprudência CNseg/ Ricardo Bechara, pg. 717.*

Acresça-se que em segundo lugar herdam os ascendentes, mas em concorrência com o cônjuge sobrevivente (art. 1.837). Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento; em qualquer regime o cônjuge terá direito à concorrência. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, e, no caso, também um terço do capital segurado, por conseguinte, pois aí a conta já estará feita porque no máximo as pessoas só podem ter dois ascendentes. Mas lhe caberia metade do valor se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Finalmente, na falta de descendentes ou ascendentes, o capital será deferido por inteiro ao cônjuge sobrevivente, como já se dava no sistema do CC revogado.

Tudo isso, no entanto, aduz-se apenas a título de ilustração, eis que, no caso examinado, tanto o cônjuge quanto os descendentes do segurado teriam falecido junto com ele em comoriência.

### 5 - Breve nota sobre casos de comoriência

Registre-se que o artigo 792 do CC, por regular as situações em que o segurado não indica beneficiário ou quando a indicação feita não é válida, terá aplicabilidade também em casos, digamos, de **comoriência** (art. 8º do CC), como por igual nas hipóteses em que o **feto**, nomeado beneficiário, não venha a nascer com vida (art. 2º do CC)<sup>13</sup>. No que tange à **comoriência**, diz o artigo 8º: *se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*

O Código Civil de 2002 permaneceu fiel à corrente doutrinária do Código revogado, que adotou a teoria da presunção de simultaneidade das mortes acontecidas num mesmo evento sem que seja possível verificar qual das pessoas faleceu primeiro, caso em que, em relação ao direito sucessório e também nos seguros que demandem pagamento em caso de morte, como por exemplo segurado e beneficiários que falecerem em comoriência, ou seja num mesmo acidente simultaneamente, será como que o beneficiário não tivesse adquirido o direito ao capital.

Assim é que, no caso de o segurado vir a falecer simultaneamente com todos os beneficiários nomeados, estes não teriam chegado a adquirir direito ao benefício do seguro, tornando-se assim em branco a cláusula beneficiária, caso em que o capital será destinado segundo as regras do artigo 792, sabido e ressabido que o beneficiário não tem direito adquirido ao capital, apenas expectativa de direito.

Verifica-se que o legislador pátrio, seguindo as pegadas do holandês e do alemão, adotou a presunção da simultaneidade das mortes, a despeito de outros códigos, alienígenas, que adotaram outras formas de presunção, uns de que se presumem primeiramente mortos em casos que tais o ancião, outros a mulher, outros a criança etc. O que importa é que o legislador brasileiro, aliás acertadamente a meu ver, adotou a presunção da simultaneidade das mortes.

---

<sup>13</sup> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Com base em tal dispositivo, construiu-se entendimento, a meu sentir irrespondível, de que falecendo num mesmo evento o segurado e beneficiário nomeado, este, não tendo tido espaço de herdeiro, não adquire direito à condição de beneficiário, esta que só se dá no momento do sinistro, posto que a instituição beneficiária, ato personalíssimo e de última vontade do segurado, tal como sucede no testamento, é revogável a qualquer tempo pelo instituidor (*CC artigo 791*).

Visto isso, poderíamos mergulhar um pouco mais no tema para perquirir e tentar descomplicar. E se houver a um só tempo comoriência e indeterminação de beneficiário (*o segurado não nomeou beneficiário*)? Como haveria, aí, de proceder o segurador, quanto ao destino do capital segurado?

Creio que, nesta hipótese, o critério não há de ser o mesmo, necessariamente, que o da hipótese precedente de nomeação expressa. É que, como vimos, em caso de indeterminação de beneficiário, o citado artigo 792 traça as regras com as quais o segurador trabalhará o encaminhamento do capital segurado a quem de direito. Vimos, portanto, que o legislador, ao estabelecer as regras para o pagamento do seguro em caso de beneficiário indeterminado, convoca para tanto as regras do direito sucessório, embora, repita-se, seguro não seja bem de herança como se extrai do também citado art. 794. Mas se são convocadas nesse caso as regras do direito sucessório, vale sempre repetir, haverá elas de ser assim chamadas em sua plenitude como alhures dito e ponderado. Por isso há também de se convocar aquela outra regra de direito sucessório estabelecida nos artigos 1.851 e seguintes do Código Civil, que consagra o ***direito de representação*** (*Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem*). Daí, não haverá dúvidas de que, se um segurado, viúvo, falece em comoriência ou premoriência com um dos seus herdeiros, por exemplo um de seus três filhos, que seriam chamados para receber o benefício por força do art. 792 combinado com o artigo 1.829 do mesmo Código, o seu quinhão não acrescerá aos dos demais herdeiros que seriam chamados, por isso se aquele herdeiro comoriente ou premoriente por seu turno deixara por exemplo descendentes, estes farão jus ao quinhão do beneficiário pré ou comorientemente morto, por direito de representação. Vale aqui

também remissão ao **Enunciado nº 610** da VII Jornada de Direito Civil organizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, passos mais atrás mencionado.

## **6 - Notas suplementares sobre o beneficiário do seguro de vida e, consequintemente, do VGBL**

O beneficiário é um dos interessados no contrato de seguro, juntamente com o segurado e a seguradora que figuram como partes, sujeito titular de uma expectativa de direito, somente concretizada com a ocorrência do sinistro coberto. No seguro de vida, dentre os quais o VGBL, é o segurado quem em regra o indica, sendo a nomeação ato de última vontade, podendo ocorrer a qualquer momento, desde que a expresse. Diferentemente do estipulado em outras legislações estrangeiras, a indicação beneficiária no direito pátrio não requer a anuência prévia da pessoa indicada, mas nada o impedindo, no entanto, que ele renuncie ao capital segurado, tão logo o saiba, posto que direito disponível.

A única exceção à indicação beneficiária por pessoa que não seja o segurado, prevista no artigo 790 do Código Civil<sup>14</sup>, diz respeito à contratação de seguro sobre a vida de outrem. Neste caso, o contratante do seguro, aqui entendido como estipulante, tem o poder de nomear a si próprio como beneficiário. Porém, para efetivar a contratação deve, necessariamente, comprovar o interesse na preservação da vida do segurado, sob pena de nulidade do contrato.

A nomeação beneficiária é livre, sendo vedada apenas, de acordo com o artigo 793 do Código Civil, a indicação de companheiro(a), ou convivente na dicção mais atual, quando o segurado, ao tempo da contratação, for casado e não separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos (*veja a propósito decisão recente e unânime do STF, no AI 619.002 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em disputa entre viúva e concubina, cujo fundamento cabe perfeitamente ao seguro de vida*)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

<sup>15</sup> Concubina não tem direito a dividir pensão com viúva, decide 1<sup>a</sup> Turma do STF, eis que Concubinato é uma relação ilícita, segundo o ministro

Pelo disposto no artigo 791 do Código Civil, a substituição beneficiária só não é possível quando o segurado, como dito, renuncia expressamente a tal faculdade ou quando a cobertura é destinada à garantia de uma obrigação do segurado (*seguro prestamista*).

Para o segurador, o beneficiário legitimado ao recebimento do capital contratado é sempre o último formalmente informado, sendo certo que a ausência de comunicação de substituição, desobriga a seguradora a qualquer outro pagamento que não seja àquele inicialmente

---

Marco Aurélio, relator do caso em julgamento em 18/05/2021, sendo acompanhado pelos Ministros, no sentido de que o concubinato é um modelo ilícito de relação (não é casamento e nem união estável), e, portanto, não está protegido pela CF. De acordo com o dicionário Michaelis, concubinato é uma união estável entre companheiros sem serem legalmente casados. O termo deriva de uma época na qual a separação não era permitida por lei. Assim, as pessoas que não desejavam mais viver no casamento passavam a se relacionar de maneira “ilegal”, sem ser casado no papel - é isso que se conhecia por concubinato. Hoje, no entanto, a ideia de concubinato pode ser a de um relacionamento triangular entre três pessoas em plena constância de um casamento civil entre duas delas, caracterizando uma ilicitude inclusive adulterina, de bigamia, por isso nem como união estável nem como casamento poderia o concubinato ser caracterizado, segundo entendeu a 1<sup>a</sup> Turma do STF. Realmente, o concubinato não se confunde com o companheirismo, tampouco com o casamento, estes protegidos pela lei, aquele não, posto traduzir a ideia como dito de bigamia e caracterizando uma ilicitude. Tanto que o artigo 793 do CC considera válida a instituição do (a) companheiro (a) como beneficiário do seguro, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato. A contrário senso, veda a indicação de concubina (o) como beneficiário. Ao apreciar o caso no qual discutia-se se uma concubina tinha direito a dividir pensão com a viúva, Marco Aurélio, relator, explicou que, enquanto a união estável merece a proteção do Estado, o concubinato, não. “Concubinato é uma relação ilícita”, frisou. De acordo com o decano, o que a concubina desejava era a proteção do art. 226 da CF, voltado ao casamento e à união estável. O ministro relembrou ainda julgamento em plenário, em sede de recurso extraordinário, quando os ministros fixaram a seguinte tese: *A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Registre-se que mais recentemente ainda, o Plenário do STF, no julgamento do RE 883.168, no início deste mês de agosto/21, consagrou o mesmo entendimento e a mesma tese.*

informado. Esta regra, como já visto, está prevista no Parágrafo único do multicitado art. 791. PEDRO ALVIM, a propósito, expôs que<sup>16</sup>: *a falta de beneficiário não anula o seguro e nem autoriza o segurador a reter a quantia. Se alguém há de ser contemplado com a soma prometida, o menos indicado é o segurador que já teve sua compensação no prêmio auferido, durante a vida do segurado. Quem poderá ser então? Presume-se, geralmente, que a intenção do segurado, ao celebrar o contrato, era amparar a própria família, seus parentes ou pessoas que lhe eram mais chegadas.*

Esta regra prevista no Código Civil existe na legislação pátria desde 1943, com o advento do Decreto-lei 5.384/43 que, na verdade, segue um conceito universal, previsto em legislações de outros países, como, por exemplo, na França e em Portugal, que determinam que a soma segurada deve ser paga aos herdeiros do segurado.

A grande inovação trazida pelo Código de 2002 diz respeito ao cônjuge sobrevivente, considerado agora, além de herdeiro necessário, concorrente com os descendentes, dependendo do regime de casamento, e dos ascendentes, independente do regime de casamento.

## 7 - Conclusão

Em se considerando a situação examinada e tendo o segurado falecido em comoriência com os beneficiários (*esposa e filhos*), nos termos da ementa e título deste artigo ao início mostrados, quer me parecer que o capital segurado no VGBL, a exemplo dos demais seguros de vida em caso de morte, deve ser por direito pago aos ascendentes mais próximos do segurado segundo a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, comandado pelo artigo 792 do mesmo Código, se o instituidor não tiver mesmo deixado nenhum descendente vivo.

## 8 - Referências onomásticas

- . Aguiar, Rui Rosado
- . Alvim, Pedro
- . Anderson, James C. (atuário norte americano)
- . Aurélio, Marco (Ministro STF)

---

<sup>16</sup> ALVIM, Pedro. *O Seguro e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 16.

- . Belizze, Marco Aurélio (ministro STJ)
- . Cueva., Ricardo Villas Bôas (Ministro do STJ)
- . Ferreira, Antônio Carlos (Ministro STJ)
- . Miranda, Pontes
- . Salomão, Luis Felipe (Ministro STJ)
- . Santos, Ricardo Bechara (Coletânea de Jurisprudência - CNseg)
- . Villegas, José E. Gallegos Días (atuário madrileno)

# **Inteligência Artificial e Seguros – uma abordagem à luz da subscrição de riscos**

**Angélica Carlini<sup>1</sup>**

**Resumo** – O artigo trata de reflexões preliminares construídas a partir da pesquisa sobre o que é inteligência artificial, suas possibilidades de uso no mundo contemporâneo e, em especial, na subscrição de riscos em seguro que até o momento, tem dependido basicamente das declarações dos segurados e das vistorias prévias realizadas pelas empresas de seguro, além da experiência acumulada em muitas regulações de sinistro que apontam aspectos essenciais para a caracterização e materialização de riscos. A inteligência artificial pode modificar substancialmente os mecanismos utilizados para a subscrição de riscos, tornando a indústria de seguro mais ágil e eficiente.

**Abstract** – The article addresses preliminary reflections built from the research on what artificial intelligence is, its possibilities of use in the contemporary world and, in particular, in the underwriting of insurance risks that, so far, has basically depended on the statements of the insured and the previous inspections carried out by insurance companies, in addition to the experience accumulated in many claim regulations that point to essential for the characterization and materialization of risks. Artificial intelligence can modify the mechanisms used for underwriting risks, making the insurance industry more agile and efficient.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorado em Direito Constitucional. Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História Contemporânea. Graduada em Direito. Pós-Graduanda em Direito Digital pelo ITS/UERJ. Advogada e sócia na CARLINI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, especializada em Direito de Seguro, Relações de Consumo, Inovação e Saúde Suplementar. Consultora da CNSeg para a área de Relações de Consumo. Consultora da Fenasaude para a área de análise legislativa. Docente da Universidade Paulista – UNIP no PPG de Administração e Coordenadora da área do Direito da Escola de Negócios e Seguros – ENS. Membro do Conselho Científico do Comitê Iberolatinoamericano da Associação Internacional de Direito de Seguro – CILA/AIDA. Conselheira da seção brasileira da AIDA. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBCONT. Contato: angelicacarlini@carliniadadvogados.com.br

**Palavras-chave** – Inteligência Artificial. Seguros. Subscrição. Riscos.

**Keywords** - Artificial intelligence. Insurance. Underwriting. Risks.

**Sumário** – 1. Introdução. 2. Inteligência Artificial – A Construção do Conceito. 3. Subscrição de Riscos em Seguros e a Utilização de Inteligência Artificial. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

O tema da inteligência artificial tem ocupado grande parte dos estudos acadêmicos em diferentes áreas do saber como Direito, Administração, Economia, Ciências Sociais, Ciências da Saúde entre outras. O debate está centralizado nos usos dessa tecnologia e nos riscos que ela poderá representar para o processo civilizatório da humanidade, sempre em constante construção e eterna busca de aprimoramento.

Na área de seguros o tema tem especial interesse. Existem pesquisadores que afirmam a possibilidade da discriminação algorítmica dos seguradores<sup>2</sup>; outros debates sinalizam para o risco de completa mudança do setor de seguros a partir da utilização de tecnologia *blockchain* integrada com inteligência artificial de forma a tornar desnecessária a intermediação realizada por corretores. Em tempos de inovação em quase todos os setores da vida contemporânea e muito em especial na área econômica e financeira, é de se imaginar que as especulações por vezes superem a razão, as evidências e até mesmo a experiência acumulada em tantas centenas de anos em que se pratica seguros em todo o mundo.

É preciso reconhecer que há especial atração dos comentadores e mesmo de alguns pesquisadores sobre eventuais usos negativos que a inteligência artificial possa trazer, sempre no sentido da discriminação e da exclusão de pessoas. O que esquecem os afoitos encantados pelas novas tecnologias, porém sem conhecimento mais aprofundado de seguros, é que muito mais do que pessoas e modos de vida os seguros pesquisam riscos, sua ocorrência e suas consequências e quando essa equação está bem colocada, ou seja, quando estatísticas não

---

<sup>2</sup> JUNQUEIRA, Thiago V. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica em Seguros*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

amedrontam as probabilidades, há espaço para a subscrição de riscos com valores razoáveis de prêmio e expectativa de integral pagamento de todas as indenizações necessárias ao longo do período de vigência do contrato.

Este trabalho pretende de forma preliminar porque há muito estudo para ser feito antes que seja possível construir reflexões mais profundas, analisar a contribuição da inteligência artificial para o setor de seguros no âmbito da subscrição de riscos ou, em outras palavras, como a inteligência artificial poderá auxiliar o setor de seguros a subscrever riscos de forma mais eficiente.

Para isso é preciso estudar as características essenciais da inteligência artificial e compreender em que medida o uso dessa tecnologia poderá se tornar impulso para a construção de uma nova indústria de seguros, na qual os riscos sejam subscritos a partir de utilização de dados e não apenas com o uso de declarações de proponentes ou, de experiência acumulada de seguradores.

## **2. Inteligência Artificial – Estado da Arte e Regulação**

A inteligência artificial é um processo computacional criado a partir de algoritmos e até o momento, não há uma definição que possa ser considerada unânime ou, aceita como aquela que dá conta da complexidade do assunto.

Assim, vamos analisar algumas definições construídas por pesquisadores com o intuito de que elas possam oferecer uma noção concreta dessa tecnologia.

Para o professor José Luiz de Moura Faleiros Júnior<sup>3</sup>

*(...) a inteligência artificial diz respeito a modelos algorítmicos avançados que são capazes de atingir a indistinção quando comparados ao modo de raciocinar dos seres humanos; são máquinas capazes de “pensar” e “discernir”, de modo que possam ser adjetivados como inteligentes e na medida que se aproximarem da*

---

<sup>3</sup> FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *A Evolução da Inteligência Artificial em Breve Retrospectiva*. In BARBOSA, Mafalda Miranda. BRAGA NETTO, Felipe. SILVA, Michael César. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (coordenadores) *Direito Digital e Inteligência Artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco Editora, 2021, p. 19.

*chamada singularidade tecnológica, isto é, o estágio de aproximação entre o biológico e o tecnológico que permita ao algoritmo processar dados, formular hipóteses e apresentar soluções, mas também agir de forma arbitrária, livre e autônoma.*

Apenas para não perdermos os elementos essenciais da caracterização da inteligência artificial – não sabemos se conceito é a melhor palavra para defini-la, na medida em que suas características é que são, efetivamente, mais relevantes para a compreensão –, devemos nos lembrar que os algoritmos – esses elementos essenciais da inteligência artificial são apenas uma forma lógica de resolver um problema.

Criar um algoritmo é criar um roteiro para solução de problemas, é um conjunto de passos para realizar uma tarefa específica. Trata-se de conceito muito antigo em computação, mas, que, ganhou um impulso novo com a utilização no sistema denominado de inteligência artificial. Algoritmos são criados para resolver problemas e a partir deles são criados modelos que poderão decidir sozinhos a partir de erros e tentativas quais as melhores formas para solucionar problemas em diferentes atividades.

Algoritmos viabilizaram a inteligência artificial que por sua vez tornou possível a criação das *machine learning*, as máquinas que aprendem. Diferente dos algoritmos que são fórmulas ou programas, as máquinas que aprendem são um processo baseado na fórmula de tentativa e erro, que permite a classificação de resultados e, nessa medida, torna os algoritmos mais preparados para a solução de problemas, porque a continuidade das tentativas e dos erros os treina para serem cada vez melhores na concretização de resultados positivos. Quanto mais dados capturados e disponíveis, maiores as possibilidades de aprendizagem porque haverá maior campo para treinamento de tentativa e erro.

Rey e Sierra<sup>4</sup> explicam

---

<sup>4</sup> REY, María Aurora Martínez. SIERRA, Juan Pazos. *La Inteligencia Artificial Y El Derecho: Pasado, Presente Y Futuro*. In CASADO, Esther Monterroso. (Directora) VILLAREAL, Alberto Muñoz. (Coordinador) *Inteligencia Artificial Y Riegos Cibernéticos*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2019, p.

*(...) Su red neuronal está basada en el aprendizaje por refuerzo; esto es, algedónico (por premio y castigo): la máquina se auto-mejora practicando consigo misma hasta alcanzar una capacidad muy superior a la de sus versiones previas. (...)*

*(...)*

*La adquisición y gestión del conocimiento es una cuestión capital en la IA puesto que el conocimiento debe ser adquirido y gestionado adecuadamente antes de que pueda usarse, efectiva y eficazmente, cuando menos, y, si es posible, eficientemente. Entonces se requiere que un sistema, repetidamente, pueda ampliar su base de conocimientos de una manera coherente por adquirir nuevos hechos e integrarlos en, y con, conocimientos previos, com frecuencia mediante un proceso de abstracción.*

Machine learning, ou aprendizado de máquina em tradução livre, é uma tecnologia que se tornou possível em razão do fenômeno *big data*, quantidade exponencial de dados que começaram a ser produzidos e se tornaram acessíveis na medida que os sistemas computacionais passaram a ser comumente utilizados na sociedade em que vivemos.

Peixoto e Martins da Silva<sup>5</sup> definem *machine learning*

*Chama-se de machine learning a habilidade de sistemas de IA de adquirir conhecimento próprio ao extrair padrões de dados não processados. Essa tecnologia possibilitou que computadores pudessem lidar com problemas que exigem conhecimento do mundo real e tomar decisões que apresentam subjetividade. Goodfellow, Bengio e Courville (2016) citam como exemplo um algoritmo de machine learning simples, denominado regressão lógica, que pode determinar casos médicos nos quais se recomenda um parto cesariana pela avaliação de fatores de risco. Outro exemplo de algoritmo de machine learning simples é chamado de Naive Bayes, o qual é capaz de separar e-mails legítimos de e-mails de spam.*

---

<sup>5</sup> PEIXOTO, Fabiano Hartmann. MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 89.

E Tom Taulli<sup>6</sup> de forma objetiva explica que *um computador poderia aprender e melhorar processando dados sem ter de ser explicitamente programado. Isso foi possível por conta de conceitos avançados de estatística, especialmente a análise de probabilidade. Assim, um computador poderia ser treinado para fazer previsões precisas.*

A capacidade de raciocinar é exclusiva da espécie humana. O computador compensa essa deficiência com a capacidade de analisar e organizar a astronômica quantidade de dados disponíveis para serem utilizados e, com isso, viabilizar resultados previamente buscados. E dados não faltam na sociedade contemporânea na qual é possível rastreá-los o tempo todo, porque eles estão disponíveis em toda a parte. Todos nós deixamos *pegadas digitais* em diferentes lugares de forma intencional ou involuntária, em especial nas redes sociais, nas mensagens que trocamos diariamente pela rede mundial de computadores, nas consultas que fazemos aos diferentes *sites* que frequentamos ou, nos buscadores que utilizamos sistematicamente como o Google, entre tantos outros.

Nesse sentido, já advertia o professor Stefano Rodotá<sup>7</sup> em sua obra consagrada *A Vida na Sociedade de Vigilância*:

*Retorna a força estruturante que é própria das tecnologias. Se, por exemplo, considerarmos a maioria dos programas com os quais são administradas as relações entre vendedores e compradores, entre fornecedores e usuários de serviços, entre gestores e usuários de sites da Internet, veremos que, em um número relevante de casos, são produzidos os assim chamados transactional data ou telecommunications-related personal informations (TRPI), ou seja, informações geradas a partir do próprio fato de que entre determinados indivíduos ocorreu uma relação contratual que permite ao vendedor ou ao fornecedor de serviços adquirir automaticamente uma série e informações sobre*

---

<sup>6</sup> TAULLI, Tom. Introdução à Inteligência Artificial. S.Paulo: Novatec, 2020, p. 65.

<sup>7</sup> RODOTÁ, Stefano. A Vida na Sociedade de Vigilância. A Privacidade Hoje. R.de Janeiro: Renovar, 2008, p. 111.

*o usuário, e que dizem respeito à sua identificação, aos horários e locais de utilização do serviço, às suas escolhas (e, portanto, suas preferências), às formas de pagamento preferidas, e assim por diante. Estes dados não somente podem ser consultados sempre que o gestor do sistema considerar oportuno, com finalidades estatísticas, para planejar campanhas publicitárias, para traçar perfis de usuários, como também podem ser cedidos para terceiros. Aparecem automaticamente todas às vezes que o mesmo sujeito se coloca em contato com o gestor de uma rede, com o fornecedor de um bem ou de um serviço. Cada um é implacavelmente seguido por seu passado. Torna-se cada vez mais difícil não deixar rastros ou eliminar aqueles indicativos dos caminhos percorridos.*

Dois aspectos relevantes para as reflexões deste trabalho: *(i)* as *pegadas digitais* podem ser utilizadas para cálculos estatísticos, o que é extremamente importante para o setor de seguros privados; e, *(ii)* são dados de uso público e não de caráter pessoal como, por exemplo, o horário em que o consumidor acessa determinados market places ou lojas virtuais; ou, o que procura com maior frequência em seu buscador de Internet; ou, ainda, que tipo de entretenimento utiliza, quais as músicas que ouve, que produtos preferencialmente costuma comprar, entre outros. O uso desses dados pode ser extremamente eficiente como prevenção de riscos, como ocorre todas às vezes que a operadora de cartão de crédito ou o banco a ela vinculado entram em contato com o consumidor para checar uma determinada compra, que foge ao padrão de consumo daquele usuário de cartão de crédito e, exatamente por isso, chama a atenção do algoritmo de segurança e sinaliza que ali pode estar ocorrendo uma fraude, o uso indevido por alguém que não seja o titular do cartão de crédito. Quase sempre estão corretos em sua suspeita e a transação pode ser bloqueada.

Mas apesar de podermos compreender como a inteligência artificial funciona existem pontos obscuros que impactarão muito na predeterminação de riscos e, consequentemente, na possibilidade de subscrição de riscos.

Há grande preocupação da sociedade contemporânea com essa vigilância exercida de forma permanente sobre todos nós; e, também há preocupação sobre como os algoritmos poderão se tornar mecanismos para perpetuar injustiças, preconceitos e discriminações, como se pode confirmar no documento Coded

Bias ou Viés Codificado, na tradução livre<sup>8</sup>, que relata pesquisa realizada sobre identificação facial de pessoas comuns em grandes centros urbanos.

Essa discussão é importante e ocupa as preocupações da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da União Europeia, que criaram princípios e recomendações que deverão ser utilizadas por todos aqueles que empregarem a tecnologia da inteligência artificial.

Em maio de 2019, a OCDE<sup>9</sup> tornou público cinco princípios que considera essenciais para o desenvolvimento e aplicação de inteligência artificial. São eles:

- a) a implementação pautada pelo crescimento inclusivo e sustentável de modo a beneficiar pessoas e o planeta;
- b) o respeito ao estado de direito, direitos humanos e princípios democráticos;
- c) transparência;
- d) gerenciamento de risco para permitir a intervenção humana quando necessário; e,
- e) *accountability*, ou seja, prestação de contas daqueles que desenvolvem, implementam e operam sistemas de inteligência artificial.

Esse documento foi apresentado à comunidade internacional para que os países assumissem o compromisso de respeitar os princípios. O Brasil é um dos signatários do documento e, por consequência, deverá atuar de forma a cumprir e fazer cumprir os princípios consignados no documento base da OCDE.

Em abril de 2021 a União Europeia divulgou novas regras que deverão ser cumpridas por todos os Estados-Membros, com objetivo

---

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/81328723>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/itens-semanario/ocde-paises-aderem-a-principios-para-a-implementacao-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em 27 de setembro de 2021.

de prevenir e mitigar riscos decorrentes do uso da inteligência artificial<sup>10</sup>.

As regras determinam que os sistemas de inteligência artificial considerados uma clara ameaça à segurança, aos meios de subsistência e aos direitos das pessoas serão proibidos. Entre eles, estão aqueles sistemas que utilizam inteligência artificial e são capazes de manipular o comportamento humano para iludir ou impedir a livre manifestação do livre arbítrio, principalmente entre crianças; e, todos os sistemas que criem uma classificação social por parte dos governos. Esses riscos são classificados pela União Europeia como inaceitáveis.

Os riscos classificados pela União Europeia como elevados são aqueles em que a inteligência artificial é utilizada em infraestruturas críticas, como transporte, por exemplo, que pode colocar em risco a vida ou a saúde do ser humano; os que se referem a educação ou formação profissional, como por exemplo, classificação em exames; os que utilizam inteligência artificial em componentes de segurança de produtos; serviços essenciais públicos ou privados como pontuação de crédito para obtenção de empréstimo; emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao trabalho por conta da inteligência artificial, como a classificação de currículos e procedimentos de recrutamento; a aplicação coercitiva da lei que possa interferir nos direitos fundamentais das pessoas, como, por exemplo, a avaliação de confiabilidade das provas apresentadas em processo judicial; gestão de migração, concessão de asilo e controle de fronteiras, em que se utilize a inteligência artificial, por exemplo, para verificar autenticidade de documentos de viagem; e, administração da justiça e processos democráticos, como por exemplo, o uso da inteligência artificial para administração da justiça e de processos democráticos, por exemplo, a aplicação da lei a um conjunto específico de fatos.

Para utilização da inteligência artificial para os sistemas classificados como risco elevado, será obrigatório que os usuários garantam:

- a) Sistemas adequados de avaliação e atenuação de riscos;
- b) Elevada qualidade dos conjuntos de dados que alimentam o sistema, para minimizar os riscos de resultados discriminatórios;

---

<sup>10</sup> Comissão Europeia. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_21\\_1682](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_21_1682). Acesso em 02 de outubro de 2021.

- c) Registro da atividade para assegurar a rastreabilidade dos resultados;
- d) Documentação detalhada para fornecer as informações necessárias sobre o sistema e o objetivo, de forma a permitir que as autoridades possam avaliar a conformidade;
- e) Informações claras e precisas para quem for se utilizar do sistema de inteligência artificial;
- f) Medidas de supervisão humana adequadas para minimizar riscos; e,
- g) Alto grau de solidez, segurança e exatidão.

Para a União Europeia a identificação biométrica à distância é classificada como risco elevado e, em princípio, deverá ser proibida para aplicações em espaços públicos para fins policiais, exceção feita àquelas rigorosamente definidas e regulamentadas, em especial na proteção de vulneráveis como crianças ou, na prevenção de riscos terroristas.

Há ainda utilizações de inteligência artificial classificadas como de risco limitado, sistemas com obrigações de transparência específicas; e, risco mínimo, para utilização em jogos e filtros de *spam*, entre outros.

Em resumo, o Plano Coordenado atualizado para 2021 pretende que a política de coesão tenha por objetivos: criar condições propícias ao desenvolvimento e à adoção da inteligência artificial; promover a excelência da inteligência artificial; assegurar que a inteligência artificial esteja a serviço das pessoas; e, desenvolver uma liderança estratégica em setores e tecnologias de elevado impacto, incluindo o ambiente, saúde, setor público, mobilidade, administração interna, agricultura e robótica, para garantir a produção sustentável.

No Brasil, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 21, de 2020, de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismark, que disciplina a inteligência artificial.

O projeto define inteligência artificial como *sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais*.

Adota como fundamentos para a inteligência artificial:

- a) o desenvolvimento tecnológico e a inovação;
- b) a livre iniciativa e a livre concorrência;
- c) o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos;
- d) a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas; e,
- e) a privacidade e a proteção de dados.

Como princípios, o projeto de lei propõe:

- a) finalidade: uso da inteligência artificial para buscar resultados benéficos para as pessoas e o planeta, com o fim de aumentar as capacidades humanas, reduzir as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento sustentável;
- b) centralidade no ser humano: respeito à dignidade humana, à privacidade e à proteção de dados pessoais e aos direitos trabalhistas;
- c) não discriminação: impossibilidade de uso dos sistemas para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos;
- d) transparência e explicabilidade: garantia de transparência sobre o uso e funcionamento dos sistemas de inteligência artificial e de divulgação responsável do conhecimento de inteligência artificial, observados os segredos comercial e industrial, e de conscientização das partes interessadas sobre suas interações com os sistemas, inclusive no local de trabalho;
- e) segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas, compatíveis com os padrões internacionais, aptas a permitir a funcionalidade e o gerenciamento de riscos dos sistemas de inteligência artificial e a garantir a rastreabilidade dos processos e decisões tomadas durante o ciclo de vida do sistema; e,
- f) responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelos agentes de inteligência artificial, do cumprimento das normas de inteligência artificial e da adoção de medidas eficazes para o bom funcionamento dos sistemas, observadas suas funções.

O projeto destaca que os princípios nele expressos não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou, nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Aspecto de relevância no projeto é a previsão de obrigatoriedade do Relatório de Impacto de Inteligência Artificial, definido como a documentação dos agentes de inteligência artificial que contém a descrição do ciclo de vida do sistema de inteligência artificial, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de gerenciamento e mitigação dos riscos relacionados a cada fase do sistema, incluindo segurança e privacidade.

### **3. Subscrição de Risco em Seguros Privados e Utilização de Inteligência Artificial**

Risco é elemento essencial para a atividade de seguros porque sem a probabilidade de ocorrência do risco não há razão para contratar seguros. Mas, é essencial para a atividade de seguros que os riscos sejam conhecidos, predeterminados, que existam estudos que permitam olhar a frequência de ocorrência desses riscos em um período passado (estatísticas), para poder prevê-los no futuro (probabilidades) e então, constituir fundos mutuais que sejam capazes de suportar as consequências do risco predeterminado para um grupo conhecido de segurados, durante um período de tempo igualmente determinado previamente entre as partes contratantes.

A predeterminação do risco é essencial para que se possam aferir as estatísticas (olhar para o passado) e calcular as probabilidades (olhar para o futuro). Essa é a técnica de estudo e avaliação de riscos utilizada até hoje para que possa ser feita a subscrição de riscos pelo segurador, momento mais importante da contratação porque representa que o segurador aceitou garantir o interesse legítimo do segurado, ou seja, assumiu a responsabilidade de organizar um fundo mutual que será gerido de forma que existam recursos para indenizar os danos decorrentes de riscos materializados. Nisso reside a principal obrigação do segurador: garantir a organização e administração de fundos que sejam suficientes para custear as indenizações necessárias a todos os segurados que sofrerem danos ao longo do período de duração do contrato.

O segurador por seus profissionais capacitados para essa função deve conhecer detalhadamente o risco do proponente, futuro segurado, para poder calcular com a máxima precisão possível as probabilidades

e buscar outros proponentes ou segurados com riscos semelhantes, de forma a organizar um grupo de pessoas naturais ou jurídicas com riscos semelhantes e que possam contribuir para a formação desse fundo, do qual sairão os valores necessários para pagamento das indenizações quando tais riscos predeterminados se materializarem.

Ao longo do tempo a subscrição de riscos dependeu sempre de dois elementos essenciais: as declarações do proponente, futuro segurado e, as vistorias prévias realizadas nos locais de risco para análise da situação real em comparação com as declarações prestadas na proposta e no questionário de avaliação de risco.

Para as coberturas de riscos mais complexas como os de responsabilidade civil ou de equipamentos com alto grau tecnológico, ou, ainda, para riscos operacionais de empresas de maior porte físico e econômico, a subscrição de riscos sempre vivenciou fases tormentosas porque, não raro, o proponente é o único que conhece detalhadamente a tecnologia que utiliza ou os produtos que fabrica, o que torna a oferta de dados para análise muito pouco substancial, sem permitir análise mais profunda.

O mesmo ocorre para as vistorias prévias porque nem sempre é possível encontrar profissionais que conheçam profundamente a atividade realizada pelo proponente e, que possam avaliar o que ela significa em termos de riscos e danos. Atividades mais sofisticadas no âmbito da utilização de tecnologia podem não ser facilmente avaliadas pelos profissionais das seguradoras.

A utilização de novas tecnologias como inteligência artificial e *machine learning* poderão facilitar a tomada de decisão dos subscritores de risco porque propiciarão a análise de muitos diferentes dados sobre o mesmo risco, com estudos mais aprofundados de estatísticas e probabilidades para a formalização de contratos, fixação de coberturas e valores de limites máximos de indenização. Há perspectiva, ainda, de que a utilização dessas tecnologias viabilize melhor atendimento às especificidades de cada segurado, tornando possível atender exatamente ao perfil de riscos de cada um, exatamente porque será possível conhecer mais detalhadamente os riscos e suas consequências a partir de quantidade de dados coletados em todo o mundo.

Para a atividade de seguros parece que os desafios e as transformações viabilizados pelo uso intensivo de inteligência artificial e *machine learning* serão pauta importante dos próximos anos. Em contrapartida, o uso

dessas novas tecnologias por fornecedores de produtos e serviços aumenta a necessidade de pesquisar e compreender que riscos elas poderão significar e quais seguros precisarão ser organizados para dar conta desses riscos. De fato, como elaborar uma relação de riscos não cobertos pelo contrato de seguro ou, como definirmos agravação de riscos sem saber antecipadamente como se dá o processo de aplicação da inteligência artificial para casos concretos específicos?

A previsibilidade que foi sempre uma boa companheira das estatísticas e das probabilidades parece que está se afastando da realidade contemporânea. Se a tecnologia de inteligência artificial não é totalmente imprevisível, também não é possível afirmar que se deixe conhecer facilmente; ao contrário, o componente da imprevisibilidade está presente em razão da não utilização de seres humanos na supervisão dos algoritmos e de seus movimentos de aprendizagem.

A consagrada prática do setor de seguros de evitar determinados riscos em razão da dificuldade de conhecer suas consequências poderá não ser suficiente em poucos anos, porque o que se prevê é que em futuro muito próximo, todos os meios de produção utilizarão em maior ou menor escala a inteligência artificial.

Será necessário criar coberturas para erros praticados pela inteligência artificial em sua tomada de decisão? Por exemplo, se a tecnologia de inteligência artificial compreender errado os dados de aumento de temperatura em um data center e abrir a torre de resfriamento para que toda a água seja esgotada, provocando com isso significativo aumento de temperatura e a interrupção de transmissão de dados de centenas de empresas em todo o mundo, os valores de prejuízo serão altíssimos! Será possível criar uma cobertura de seguros para isso? Ou, será possível exigir a supervisão de seres humanos na etapa de tomada de decisão das *machine learning*?

Uma coisa parece certa: no futuro muito próximo a regulação de sinistros será em boa medida papel de programadores de computação ou de cientista de dados!

A subscrição de riscos pelos seguradores parece caminhar no mesmo sentido, ou seja, ser tarefa que precisará também de programadores e cientistas de dados para poder ser executada com maior precisão.

Para a subscrição de riscos em seguros privados a utilização de inteligência artificial e *machine learning* poderá representar um avanço

na qualidade na precisão da avaliação de riscos, em especial a partir da utilização do aprendizado estatístico, fase evolutiva dessas tecnologias.

Ensina Diogo Cortiz<sup>11</sup> que as tecnologias de inteligência artificial e de *machine learning* conheceram duas importantes fases: (i) de inteligência artificial baseada em regras; (ii) de inteligência artificial baseada em modelo estatístico.

Na primeira fase, segundo o mesmo autor, o sistema estava baseado na *possibilidade de mapear conhecimento de especialistas humanos para codificá-lo em um software. (...) o sistema não apresentava capacidade de aprender coisas novas e nem generalizar para problemas os quais nunca tinha visto.*

A fase seguinte foi de abordagem de aprendizado estatístico. Nela, segundo Cortiz:

*Não existem regras definidas que serão codificadas no software, mas o sistema aprende suas decisões utilizando algum tipo de modelo estatístico, geralmente, a partir de exemplos. Neste caso, apresentamos um conjunto de dados para a máquina, explicando o que há neles, e, a partir desta amostra, o algoritmo cria as suas próprias regras de decisão. O sistema então aprende e adquire habilidade de generalizar, ou seja, consegue lidar com situações inéditas.*

(...)

*Na inteligência artificial que utiliza métodos estatísticos, os dados são a matéria-prima de aprendizado. Com o avanço dos serviços digitais, seja de uso comercial ou até mesmo serviços de redes sociais, a população mundial passou a gerar uma quantidade enorme de dados todos os dias, o que serviu para criar uma fonte de conhecimento para que os algoritmos aprendam. Por exemplo, há 20 anos tínhamos uma quantidade pequena de dados de imagens médicas, hoje temos uma quantidade muito maior, o que permite o desenvolvimento de aplicações de diagnósticos por imagem.*

---

<sup>11</sup> CORTIZ, Diogo. *Inteligência Artificial: Conceitos Fundamentais*.in VAINZOF, Rony. GUTIERREZ, Andriei. *Inteligência Artificial. Sociedade, Economia e Estado*. S.Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 46.

Para o trabalho de subscrição de riscos as tecnologias de inteligência artificial e *machine learning* poderão significar possibilidades infinitamente superiores à capacidade do ser humano analisar estatísticas e calcular probabilidades, de forma a organizar os fundos mutuais necessários para os riscos mais complexos ou pouco usuais. É o caso de seguros para riscos decorrentes de pesquisa clínica para desenvolvimento de medicamentos, ou, seguros para riscos decorrentes de práticas profissionais (E&O) nas áreas da saúde, de tecnologias de informação e tantas outras aplicações que, possivelmente, serão facilitadas para a área de subscrição de riscos das companhias de seguro.

Quando se trata da utilização da inteligência artificial para qualquer área da vida social e, muito em especial para os seguros privados, a atenção está voltada para a prevenção de três situações que poderão se constituir em fator de alto risco: opacidade, falta de transparência ou de *liability* (responsabilidade) daqueles que utilizam inteligência artificial e *machine learning* em suas atividades econômicas nos setores de indústria, comércio e serviços, em outras tantas áreas. Esses aspectos negativos poderão interferir de forma significativa nos vários sistemas que utilizarem essas ferramentas tecnológicas, como por exemplo, na logística, veículos autônomos, armazenagem de mercadorias, fabricação de produtos com componentes eletrônicos como *smartphones*, computadores, pesquisas clínicas, e outras tantas possibilidades.

De fato, como será possível para o subscritor de riscos afirmar que conhece com toda a clareza os inputs dados aos algoritmos e à inteligência artificial, ou os dados oferecidos às *machine learning* para efetuarem a construção de seu conhecimento se é sabido que parte dessas informações caracteriza segredos industriais e, outra parte pode sequer ser conhecida dos detentores da tecnologia porque o sistema computacional pode ter feito escolhas aleatórias entre os bilhões de dados disponíveis sobre um determinado assunto, como exames de imagem ou, rotas de trânsito para veículos de transporte de cargas, entre tantas outras?. É possível acreditar que o próprio desenvolvedor da tecnologia desconheça em que locais o sistema computacional procura dados para trajetória de tentativa e erro, o que significa dizer que o “criador” pode não ter, efetivamente, o controle sobre os caminhos utilizados pela “criatura”. Isso não é exercício ficcional, ao contrário, é admitir que o sistema computacional adquire certo patamar de independência após ser informado pelos algoritmos dos objetivos da pesquisa de dados e dos problemas que deverão ser solucionados a partir da coleta e organização desses dados.

O debate está apenas começando no campo do direito aplicado às novas tecnologias digitais e, certamente, existirão instrumentos para impedir que a opacidade e a falta de transparência sejam fatores determinantes nas atividades que utilizam inteligência artificial e *machine learning*. Nesse sentido, Frazão e Gottenauer<sup>12</sup> afirmam:

*Ao analisar as novas relações que emergiriam a partir da implementação de sistemas de Big Data, Frank Pasquale já se socorria da metáfora da caixa-preta para descrever os algoritmos, “sistemas que funcionam por meios misteriosos; nós podemos observar a entrada e a saída de dados, mas não podemos dizer como um se tornou o outro.” A opacidade dos sistemas algorítmicos é, nessa visão, extremamente conveniente aos seus controladores, cujos interesses podem ser resguardados dentro de um aparelho demasiadamente complexo e, por vezes, juridicamente protegido de análise externa.*

*A obscuridade dos sistemas de inteligência artificial é, assim, frequentemente identificada como um desafio pela literatura que discute o tema pela ótica jurídica, reconhecendo essa característica como indissociável à tecnologia. No entanto, propõe-se, a partir da análise comparativa entre direito e algoritmos como modalidades regulatórias, dar um passo além da ideia que encara a opacidade como uma condição inescapável da inteligência artificial, para reconhecer como se dá esse processo de fetichização tecnológica, capaz de ressignificar os sistemas de tecnologia em instância não social de pura racionalidade ocultar os interesses consolidados nos algoritmos.*

O Direito terá que encontrar a métrica adequada para mensurar as práticas nesses ambientes tecnológicos e, exigir que elas atendam sempre aos melhores interesses humanos como consignado nas regras da OCDE, União Europeia e no projeto de lei ora em debate no Congresso Nacional brasileiro. Para isso têm sido realizadas

---

<sup>12</sup> FRAZÃO, Ana. GOTTENAUER, Carlos. *O Jogo da Imitação Jurídica: o direito à revisão de decisões algorítmicas como um mecanismo para a necessária conciliação entre a linguagem natural e infraestrutura matemática*. In TEPEDINO, Gustavo. SILVA, Rodrigo da Guia (coordenadores). *O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial*. S.Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 53.

pesquisas, estudos e debates no ambiente acadêmico jurídico e os princípios a serem obedecidos já se encontram bastante claros: o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais de todo cidadão.

De toda forma, será preciso considerar na utilização desses recursos tecnológicos três fatores fundamentais: *(i)* imprevisibilidade; *(ii)* incontrolabilidade; e, *(iii)* distributividade.

Esse conjunto tem recebido o nome de *black box*, ou seja, caixas pretas, mas ao contrário daquelas utilizadas na aviação civil que permitem conhecer dados do voo, muito úteis para identificar fatores causadores de acidentes, as caixas pretas das tecnologias de inteligência artificial e *machine learning* não revelam dados, elas fecham de forma absoluta de maneira que, muitas vezes, sequer é possível saber quem foi o programador responsável, ou o grupo de programadores responsáveis, ou, ainda, a empresa que viabilizou a colocação desses programas no mercado. Rastrear dados utilizados por essas tecnologias será um problema para todos e muito em especial, para subscritores de riscos.

Imprevisibilidade, novamente nos ensinam Ana Frazão e Carlos Goettenauer<sup>13</sup>, é a característica mais destacada da inteligência artificial, em razão da autonomia do sistema. Segundo os mesmos professores é também a característica mais romantizada pela ficção científica em que robôs ganham vida própria, se rebelam contra seus donos e, se apaixonam pela estrela do filme. Mas, independentemente da ficção científica, é rigorosamente verdadeiro que em razão de sua capacidade de aprender e modificar seu comportamento diante de novos dados e experiências de erro e tentativa, a inteligência artificial é capaz de criar novas soluções para os problemas apresentados, de forma contínua e independente da intencionalidade daqueles que a utilizam.

Afirmam os mesmos estudiosos que em razão da incontrolabilidade qualquer tecnologia pode sair do controle e criar consequências negativas e, com a inteligência artificial não é diferente, porém, pode ser ainda mais grave. A ferramenta é programada para continuar

---

<sup>13</sup> FRAZÃO, Ana. GOETTENAUER, Carlos. *Black Box e o Direito Face à Opacidade Algorítmica*. In BARBOSA, Mafalda, Miranda. BRAGA NETTO, Felipe. SILVA, Michael César. FALEIROS JÚNIOS, José Luiz de Moura (coordenadores). *Direito Digital e Inteligência Artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 33.

operando independentemente da supervisão humana, o que significa que pode demorar muito tempo para percebermos que ela criou situação de risco para os usuários das tecnologias que a utilizam. Por exemplo, no caso dos veículos autônomos ela pode fazer experiências com aceleração em determinadas situações e deixar de levar em conta dados de meteorologia, o que pode fazer com que um veículo autônomo acelere a 200 quilômetros por hora em condições severas de neblina, neve ou chuva intensa. Quem saberá disso antes que aconteça se não há supervisão humana?

Não é possível esquecer que um dos maiores ganhos de custo de transação da inteligência artificial é exatamente sair do controle humano, porque assim não é preciso o pagamento de salário, férias, descanso semanal remunerado, décimo terceiro e outras verbas trabalhistas.

Por fim, nos alertam Frazão e Goettenauer que há o componente da distributividade, ou seja, o desenvolvimento da inteligência artificial e suas aplicações é difuso, passa por múltiplos agentes distribuídos por vários territórios, muitos dos quais sequer têm contato entre si. O desenvolvimento é modular, o que significa que empresas e pessoas diferentes desenvolvem partes do processo de inteligência artificial que depois são integrados por quem deseja a aplicação. O objetivo é, na lição dos professores, ditado pela linha do “faça você mesmo”, compre dispositivos, programas e dados de diferentes fornecedores e monte sua inteligência artificial para atingir os objetivos que você pretende. No momento em que ocorrer um problema sério, que cause danos, como saber quem foi o responsável por aquilo? Como acompanhar a “linha de montagem” utilizada e identificar os responsáveis pelos problemas que causaram danos se, muitas vezes, os próprios desenvolvedores desconhecem todas as etapas que levaram àquele resultado final?

O tema é complexo, mas não será insuperável para a inteligência humana que, desde os primórdios da civilização, convive com riscos e desenvolve sistemas para preveni-los e superá-los, até porque a própria humanidade se tornou produtora de riscos, em especial os tecnológicos, o que demonstra de forma cabal sua capacidade de convivência com as mais variadas modalidades de riscos.

Prova disso é que a explicabilidade da inteligência artificial e da *machine learning* começa a ser tratada como elemento primordial para a aplicação nos diferentes setores sociais, econômicos e

políticos na atualidade. A respeito de explicabilidade, Bonat e Peixoto<sup>14</sup> ensinam

*A explicabilidade da inteligência artificial (XAI) é um dos propósitos apontados para uma IA ética. Ela é apresentada como um equilíbrio para a característica da caixa-preta e diz respeito à aplicação do princípio da transparência para atingir a confiabilidade e a robustez do sistema.*

*A explicabilidade está apoiada em duas características principais: accountability e auditability, isto é, a possibilidade de rastreamento do trajeto para a tomada de decisão visando sua prestação de contas e fiscalização, com a possibilidade de verificação e revisão de processos, testes e ajuste para prevenir falhas futuras. Assim, algo é explicável quando cumpre essas características, mas isso não necessariamente significa que deva ser entendido nas suas minúcias por todos, tampouco – quando sensível – aberto a todos. A curiosidade sobre o funcionamento ou a composição das coisas é natural do homem, mas a ausência de compreensão completa e por todos não invalida o bom desempenho de uma inovação, mesmo porque há outros propósitos para garantir um desempenho justificável (governança, comunicação, rastreabilidade de datasets etc.).*

*Adadi e Berrada (2018) explicam que o termo XAI se refere ao movimento, às iniciativas e aos esforços feitos no sentido de fornecer respostas às preocupações de transparência e confiança da IA, mais do que um conceito formal, uma tendência a procurar mecanismos de aprimoramento. Os autores também encontraram na literatura sinônimos para explicabilidade: interpretabilidade, compreensibilidade e inteligibilidade. Os termos são usados para designar esforços no sentido de aumentar a capacidade de entendimento sobre o trabalho lógico nos algoritmos de machine learning.*

A utilização das tecnologias de inteligência artificial e *machine learning* para auxiliar na tarefa de subscrição de riscos em seguros

---

<sup>14</sup> BONAT, Debora. PEIXOTO, Fabiano Hartmann. *Racionalidade e Direito: Inteligência Artificial e Precedentes*. Curitiba: Alteridade, 2020, p. 54.

privados, deverá ser precedida da certeza de que os dados possam ser explicados, interpretados, inteligíveis e compreensíveis, de modo que nenhum segurador utilize dados contaminados por total opacidade, o que colocaria em risco toda a operação de análise de riscos para subscrição.

Na área da saúde suplementar a legislação brasileira proíbe a seleção de riscos; e, nos seguros privados de ramos não-saúde, embora possam ser construídos mapas de riscos para oferta de coberturas apropriadas a cada segurado, não há nenhuma possibilidade de prática de discriminação de qualquer espécie, vedada peremptoriamente pela Constituição Federal. Assim, é muito relevante que os seguradores possam conhecer, interpretar e entender de que forma e com quais dados operam as tecnologias que serão utilizadas para facilitar a análise e subscrição de riscos e, como essas tecnologias poderão ser auditáveis e demonstradas sempre que necessário, seja a pedido do regulador ou do próprio segurado.

## Conclusão

Nem o olhar espantado que deve ter sido aquele do primeiro grupamento humano que produziu o fogo, nem a incredulidade daqueles que primeiramente viram a máquina a vapor funcionar, nem o ceticismo daqueles que não acreditam nos benefícios das novas tecnologias. O olhar contemporâneo precisa ser de serenidade e criticidade.

Sem dúvida as novas tecnologias são realidade e vieram para se consolidar na sociedade contemporânea. O desafio vivenciado em quase todo o planeta a partir da pandemia da COVID-19 evidenciou de todas as formas que a humanidade é capaz de superar dificuldades com uso intenso da tecnologia, em especial de comunicação, que viabilizou a continuidade das atividades econômicas em muitos segmentos, inclusive no de seguros e, facilitou o acesso a produtos e serviços essenciais, em específico a atendimento médico por meio de instrumentos de telessaúde.

A humanidade avança com velocidade na criação de novas tecnologias, mas esse avanço não pode nos afastar da cautela e do bom senso, até porque foram eles e não as novas tecnologias que trouxeram a civilização até o século XXI com boas perspectivas de longevidade e saúde.

O setor de seguros como tantos outros setores produtivos e socialmente relevantes poderá se beneficiar enormemente do uso das tecnologias como inteligência artificial e *machine learning*, até porque a coleta, análise e estudo de dados estão no âmago das atividades de seguro, em especial no campo dos cálculos atuariais, das estatísticas e das probabilidades. No entanto, é preciso ter certeza de que esses dados poderão ser utilizados com transparência e responsabilidade, para que não sirvam em nenhuma hipótese a interesses obscuros, opacos e que de alguma forma, por mais tênue que seja, favoreçam práticas de discriminação de qualquer espécie.

As tecnologias só serão úteis e eficientes se contribuírem para aumentar a segurança das companhias seguradoras na oferta de novas coberturas e na mesma medida, se contribuírem para aumentar a confiança dos contratantes de seguro. Sem isso não há tecnologia que se adeque minimamente às atividades de seguro porque essa é uma atividade econômica que tem por objetivo não apenas a obtenção de lucro, mas também, a construção de paz social.

A história da atividade de seguro prova sua relevância nos momentos mais complexos da atividade humana, seu potencial para incrementar novas atividades e avanços em várias áreas econômicas e sociais sem nunca contribuir para o retrocesso ou desequilíbrio da humanidade. Não será nesse momento que a indústria de seguro abrirá mão dos fundamentos que a trouxeram até esta quadra histórica e que se sustentam, principalmente, na técnica apurada e de boa-fé e, na construção e preservação do mutualismo.

As novas tecnologias serão utilizadas na medida em que se adequem às necessidades da indústria de seguros no Brasil e no mundo, em especial no respeito aos fundamentos éticos e de direitos fundamentais, que devem ser sempre essenciais na atividade securitária.

## **Referências Bibliográficas**

### **Pesquisa em portais de Internet**

Comissão Europeia. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_21\\_1682](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_21_1682). Acesso em 02 de outubro de 2021.

Internetlab. Disponível em <https://www.internetlab.org.br/pt/itens-semanario/ocde-paises-aderem-a-principios-para-a-implementacao-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em 27 de setembro de 2021.

Netflix. Disponível em <https://www.netflix.com/br/title/81328723>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

## Obras Referenciadas

BONAT, Debora. PEIXOTO, Fabiano Hartmann. *Racionalide e Direito: Inteligência Artificial e Precedentes*. Curitiba: Alteridade, 2020.

CORTIZ, Diogo. *Inteligência Artificial: Conceitos Fundamentais*. in VAINZOF, Rony. GUTIERREZ, Andriei. *Inteligência Artificial. Sociedade, Economia e Estado*. S.Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *A Evolução da Inteligência Artificial em Breve Retrospectiva*. In BARBOSA, Mafalda Miranda. BRAGA NETTO, Felipe. SILVA, Michael César. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (coordenadores) *Direito Digital e Inteligência Artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco Editora, 2021.

FRAZÃO, Ana. GOTTENAUER, Carlos. *O Jogo da Imitação Jurídica: o direito à revisão de decisões algorítmicas como um mecanismo para a necessária conciliação entre a linguagem natural e infraestrutura matemática*. In TEPEDINO, Gustavo. SILVA, Rodrigo da Guia (coordenadores). *O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial*. S.Paulo: Thomson Reuters, 2020.

FRAZÃO, Ana. GOETTENAUER, Carlos. *Black Box e o Direito Face à Opacidade Algorítmica*. In BARBOSA, Mafalda Miranda. BRAGA NETTO, Felipe. SILVA, Michael César. FALEIROS JÚNIOS, José Luiz de Moura (coordenadores). *Direito Digital e Inteligência Artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.

JUNQUEIRA, Thiago V. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica em Seguros*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019.

TAULLI, Tom. *Introdução à Inteligência Artificial*. S.Paulo: Novatec, 2020.

REY, María Aurora Martínez. SIERRA, Juan Pazos. *La Inteligencia Artificial Y El Derecho: Pasado, Presente Y Futuro*. In CASADO, Esther Monterroso. (Directora) VILLAREAL, Alberto Muñoz. (Coordinador) *Inteligencia Artificial Y Riegos Cibernéticos*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2019.

RODOTÁ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância. A Privacidade Hoje*. R.de Janeiro: Renovar, 2008





OPINIÃO

# Novas Tecnologias e os Contratos de Seguros – Uma análise a partir do advento dos veículos conectados

Marcelo Barreto Leal<sup>1</sup>

**Resumo** – O objetivo do presente artigo é a contextualização da realidade de veículos conectados e seus desdobramentos em relação à execução dos contratos de seguros, notadamente os de automóveis, bem como as implicações do ponto de vista probatório e da execução contratual. Para tanto, se definirá o contrato de seguro a partir da visão de autores dedicados ao tema; na sequência, se identificará o risco propriamente dito como elemento essencial do tipo contratual em comento e a sua viabilização a partir do princípio da boa-fé em seu caráter objetivo. Adiante, se fará a análise da execução contratual diante do novo cenário, assim como das implicações processuais, notadamente, no que toca ao contexto probatório.

**Abstract** – The purpose of this article is to contextualize the reality of connected vehicles and its consequences in relation to the execution of insurance contracts, especially for automobiles, as well as the implications from the point of view of evidence and contractual execution. Therefore, the insurance contract will be defined from the perspective of authors dedicated to the subject; next, the risk itself will be identified as an essential element of the contractual type under discussion and its feasibility based on the principle of good faith in its objective character. Below, an analysis of the contractual execution will be carried out in view of the new scenario, as well as the procedural implications, especially with regard to the evidentiary context.

**Palavras-chave** – Contrato de Seguro, Risco, Automóveis, Conectividade, Prova.

**Keywords** - Insurance Contract, Risk, Cars, Connectivity, Evidence.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e especialista em Direito, Mercado e Economia-PUCRS; Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios-UNISINOS; Doutorando em Direito Político e Econômico-UP Mackenzie; Especialista en Derecho de Seguros-Universidad de Salamanca-España; Presidente do GNT Seguros Auto-AIDA; Presidente do GIT Seguros Auto-CILA-AIDA. Advogado-Sócio da Torelly Bastos Advogados Associados

## Introdução

Os veículos conectados passam a ser cada vez mais realidade no contexto brasileiro. De se comentar que a conectividade desses veículos traz uma série de oportunidades à cadeia de serviços proporcionada por esse mercado, e, muito especialmente, ao setor de seguros. Ao ensejo, oportuno comentar que este é o primeiro passo para a efetiva atualização do mercado automotivo do país, cujos passos seguintes são a semi-autonomia dos veículos, o que já se verifica em algumas ofertas e, adiante, a autonomia, experiência ainda não vivida em território brasileiro.

O fato é que a nova realidade traz uma série de mudanças na contratação e execução dos contratos de seguros de automóveis. Para tanto, os desafios são muitos, a começar pela adesão dos consumidores aos pacotes de conectividade, que representam um custo a mais na manutenção dos veículos. Certamente, uma política de incentivos adequados deve ser planejada pela indústria automotiva, bem como pelo setor de seguros que, na condição de mercado beneficiado, pode também contribuir para o avanço da expansão da tecnologia embarcada em veículos.

Para o mercado de seguros, um dos mais beneficiados, o potencial analítico da Internet das Coisas permite que diversas informações do veículo e do motorista possam servir para analisar riscos, oferecer especificações personalizadas e até identificar fraudes. E com o monitoramento em tempo real, as seguradoras podem tornar-se, cada vez mais proativas, alertando para problemas mecânicos no veículo, identificando comportamentos de risco e trajetos suspeitos, além de providenciar o resgate ao detectar o acionamento dos airbags<sup>2</sup>.

Da mesma forma, as montadoras estão correndo para agregar as tecnologias “Machine-to-Machine (M2M)” na linha de produção e coletar dados para oferecer novos serviços aos clientes. Tais dados podem ser analisados para identificar avarias, trocas de óleo, agendar revisões e prever a necessidade de *recalls* antes mesmo de os veículos apontarem problemas, mitigando gastos que podem chegar a centenas de milhões de dólares e evitando acidentes antes imprevisíveis. E com as informações armazenadas em nuvem, os próprios clientes podem

---

<sup>2</sup> [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html), acesso em 10 de junho de 2021.

acessá-las e acompanhar trajetos, acionar aplicativos e muito mais, ou seja, toda a cadeia produtiva é favorecida<sup>3</sup>.

Além de montadoras, esse movimento da Internet das Coisas também está mudando o modo como fornecedores de peças e serviços do setor automotivo lidam com a informação. No caso da fabricante de pneus Continental, por exemplo, foram desenvolvidos produtos com sistema de sensores embutidos, alertando para os níveis de calibragem e desgaste dos pneus, transmitidos em tempo real para o motorista, o que uma vez mais, pode beneficiar seguradoras na prevenção de sinistros<sup>4</sup>.

## **1. O ambiente nacional para a inovação e as novas tecnologias**

Importante consignar que, o arcabouço jurídico que trata do tema inovação tornou-se inócuo diante das necessidades trazidas pela realidade pandêmica. Com efeito, a Emenda Constitucional n.º 85, de 26 de fevereiro de 2015, que altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação, apresenta-se com redação de cláusulas gerais, pouco interferindo de modo direto no caso em concreto.

Ainda nesse contexto, se analisarmos os instrumentos jurídicos infraconstitucionais - Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, acompanhada de seu respectivo Decreto de regulamentação, qual seja, o de nº 9.283/2018, estes tendo como ponto de partida a Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004 - tampouco se mostraram decisivos para a acomodação jurídica das novas e necessárias soluções. De igual modo, de não se olvidar a Lei nº 11.196/05, que passou a ser conhecida como “Lei do Bem”, que criou a concessão de incentivos fiscais às pessoas jurídicas que realizarem pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica, todavia, também inócuas ao caso em comento.

Necessário destacar a importância do papel destes centros de pesquisa universitários no desenvolvimento do processo de inovação. Este processo de integração, sempre é destacado por autores da área como verdadeiro processo sistêmico de inovação, com colaboração

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html), acesso em 10 de junho de 2021.

entre poder público e empresas. A propósito, Mazzucato & Penna<sup>5</sup> comentam as fortalezas e fragilidades do sistema brasileiro de inovação.

O caso em comento parece não se diferenciar do descrito pelos autores, notadamente em relação ao potencial da academia brasileira quando submetida a pesquisas que envolvam a necessidade de resultados eficazes, mas que enfrentam na burocracia uma enorme

---

<sup>5</sup> MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano C. R. *The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016, p 9/10:

O sistema de inovação brasileiro possui os seguintes PONTOS FORTES: A presença de todos os elementos de um sistema desenvolvido de inovação (isto é, existem instituições-chave em todos os subsistemas: subsistema de educação e pesquisa, subsistema de produção e inovação, subsistema de financiamento público e privado, subsistema de políticas e regulação);

Um subsistema de pesquisa científica que melhorou substancialmente nas últimas décadas e está produzindo conhecimento de fronteira em algumas áreas-chave, com ‘ilhas de excelência produtiva’ em setores como petróleo e gás, aviação, agricultura, saúde e, em menor grau, automação bancária;

Ativos naturais estratégicos (por exemplo, recursos minerais e hídricos, mais biodiversidade dos seis biomas terrestres do Brasil e seu bioma marítimo) que no longo prazo será cada vez mais exigido como o processo de a inclusão anança nas economias emergentes;

Um aparelho de estado multifacetado de agências dedicadas à promoção e execução de políticas de ciência, tecnologia e inovação, incluindo uma caixa de ferramentas de instrumentos do lado da oferta e da procura;

Um forte mercado interno para consumo de massa, que cresceu como um resultado de políticas de inclusão social;

Recursos financeiros públicos para P&D e inovação que (em princípio) são não afetados por flutuações ou cortes orçamentários, como os fundos setoriais e os recursos do BNDES que não vêm do Tesouro;

Exemplos positivos de iniciativas de políticas sistêmicas “orientadas para a missão”, explicitamente ou implicitamente focados na inovação, que leva a resultados positivos interações entre o estado, o setor empresarial e a academia. Isso inclui o programa Inova, políticas de saúde e, em menor grau, iniciativas lideradas pela Embrapa e Petrobras.

Políticas complementares existentes que podem funcionar como facilitadores de programas de política orientados para a missão na defesa e segurança nacional e no clima, ambiente e energia. No que se refere aos FRACOS, o sistema brasileiro de inovação:

Carece de uma agenda estratégica consistente de longo prazo (uma visão) que dê coerência com as políticas públicas realizadas pelas diferentes instituições públicas e direciona pesquisas científicas e agentes privados em seus esforços de inovação;

Exibe fragmentação (até mesmo antagonismo) entre o subsistema de educação e pesquisa e o subsistema de produção e inovação, devido à auto orientação da pesquisa científica e à falta de demanda das empresas pelo conhecimento produzido na academia;

dificuldade para traduzir seus estudos em uma contribuição efetiva à sociedade. Sobre o tema, interessante a contribuição de Bucci e Coutinho<sup>6</sup>, a ver:

*(...) fica evidente que, para fomentar a inovação, é necessário conceber, estruturar e articular políticas públicas e arranjos institucionais capazes de coordenar atores-chave como o Estado, as empresas e empresários e as universidades. Não fica evidente, todavia, como fazê-lo do ponto de vista das engrenagens que compõem a vasta gama de arranjos jurídico-institucionais necessários para dar conta de todos esses requisitos.*

Infelizmente, verifica-se no Brasil, em regra, um distanciamento ainda intenso entre academia e mercado, como se ambos fossem, por vezes, paradoxais, o que está longe de ser uma verdade. Ao contrário, uma posição mais colaborativa de ambos poderia se tornar um ganha-ganha.

Em relação ao modelo comentado, pertinente a contribuição de Arbix<sup>7</sup>, como segue:

*A inexistência prévia de solução no mercado é uma condição relevante, pois a ETEC constitui-se em uma exceção da regra geral de aquisição na qual o Estado pode assumir a maior*

---

*Exibe uma baixa propensão para inovar no subsistema de produção e inovação - os gastos das empresas em P&D (BERD) são muito baixos, atingindo apenas 0,50 por cento do PIB em 2013;*

*Sofre de ineficiências no subsistema de política e regulamentação, especificamente: responsabilidades sobrepostas, competição por e uso não estratégico de recursos, descontinuidade de investimentos e programas, burocracia excessiva e controle (auditoria) das políticas de inovação e programas, incluindo aquisições, da mesma forma que para outros programas;*

*Requer reformas institucionais importantes na tributação e regulamentação de o negócio; e É constantemente afetado negativamente pelas políticas implícitas representadas por agenda macroeconômica.*

<sup>6</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. *Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas* in Coutinho, Diogo R.; Foss, Maria Carolina; Mouallem, Pedro Salomon B. (orgs.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Edgard Blücher, 2017, p 327.

<sup>7</sup> RAUEN, André Tortato; BARBOSA, Caio Márcio Melo. *Encomendas Tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas*. Brasília/DF: Ipea, 2019, p 17.

*parte do risco tecnológico. Ou seja, a ETEC é extremamente leniente com a assunção de risco e, portanto, deve ser a última alternativa empregada na busca por uma solução. Adicionalmente, é preciso lembrar que a ETEC existe para resolver problemas, e não apenas realizar desenvolvimento tecnológico guiado pela curiosidade. Para isso existem outros instrumentos, como as bolsas de pesquisa e auxílios diretos etc.*

*Por outro lado, é evidente que existirão situações nas quais, mesmo havendo solução similar no mercado (seja ele nacional, seja internacional), é justificável a realização de uma ETEC em razão de elementos de estratégia de defesa, ou estratégia comercial. Nesse mesmo sentido, muitas vezes será difícil definir se a solução já disponível possui, rigorosamente, a mesma funcionalidade da solução pretendida. O fato essencial aqui é o de que sempre será preciso avaliar a existência prévia de solução e em que grau esta satisfaça ou não a demanda original da ETEC.*

*Uma ETEC é muito mais do que uma aquisição tecnologicamente complexa. Do contrário, grandes obras civis de engenharia sempre seriam casos de ETEC. Em realidade, a ETEC é o esforço tecnológico necessário para encontrar uma solução inédita para dado problema.*

Sobre o financiamento de pesquisas científicas consideradas como de base, consideramos importante o destaque para a fala de Luiz Eugênio Mello, diretor-científico da Fapesp<sup>8</sup>:

*A ciência se desenvolve muitas vezes em projetos mais áridos e onde muitas vezes a sociedade não vê o valor da ciência, muito embora ele esteja lá. Projetos como esse representam a mais clara demonstração de que é justamente aquela ciência mais hermética que resulta na possibilidade dessa pesquisa de evidente valor para a sociedade.*

Sem dúvida, a inovação tem como condição fundamental para sua perfectibilização a aceitação pelo mercado. É exatamente este ponto que a diferencia do simples invento. Desse modo, é também

---

<sup>8</sup> SP arrecada R\$ 96 milhões para dobrar produção de vacina contra o coronavírus, disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/sp-arrecada-r-96-milhoes-para-dobrar-producao-de-vacina-contra-o-coronavirus/>, acesso em 02 de outubro de 2020.

tarefa da pesquisa o teste de aceitação da proposta pelos destinatários. Esse seria um papel relevantíssimo a ser exercido pela academia para colaboração aos agentes econômicos.

## **2. O contrato de seguro como instrumento de gestão de risco em seu modelo tradicional**

A presente seção tem por objetivo apresentar o contrato de seguro, gênero maior de uma série de sub-espécies dividido em dois grandes ramos: i.danos, ramo em que se insere o seguro de automóveis, e ii.pessoas; seja o leitor um convededor da matéria ou um mero iniciante. Em razão disso, alinhama-se noções para um melhor entendimento dos objetivos deste trabalho, fornecendo e atualizando conceitos a partir da experiência bibliográfica aqui vivenciada, com vistas à compreensão do encaminhamento das reflexões desenvolvidas em direção às conclusões deste artigo.

Inicialmente, sobre o tema, Ovídio Baptista da Silva agrega importante contribuição, ao ressaltar que o seguro privado se segmenta em dois grandes grupos: o denominado seguro a prêmio fixo e o seguro mútuo, que se distinguem e se caracterizam pela forma diversa como os agentes seguradores administraram as reservas formadas por seus participantes. O primeiro tem finalidade lucrativa sem, todavia, perder a sua função depositária do fundo comum, caracterizando-se como uma relação jurídica preponderantemente bilateral, ainda que fundada na ideia de mutualismo; o segundo não é explorado por um administrador estranho ao conjunto dos segurados, mas, sim, gerido por uma entidade civil de natureza não-lucrativa, constituída pelos próprios segurados, em regime cooperativo e sob a forma de autosseguro<sup>9</sup>.

Nesse sentido, o autor já chamava a atenção para uma realidade de fato, ainda que o Estado Brasileiro imponha requisitos para a exploração da atividade de seguros, como se verifica no art. 757<sup>10</sup>, da

---

<sup>9</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69.

<sup>10</sup> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada. (grifou-se em parte)

Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil Brasileiro - CCB, há operações em curso no país que não observam tais exigências, de que são exemplos as associações de proteção veicular, exemplo vivo de autosseguro<sup>11</sup>.

O presente artigo tem o propósito de analisar a atividade regular executada no país, motivo pelo qual se tratará, doravante, apenas e tão somente da primeira modalidade de operação, qual seja, a executada por agentes econômicos autorizados.

Angélica Carlini, ao falar sobre o tema, destaca que a estrutura empresarial de sustentação da atividade do seguro tem início nos cálculos atuariais, responsáveis pela determinação dos valores necessários à formação do fundo mutual e do montante da contribuição do segurado<sup>12</sup>.

Não se pode negar que viver significa estar exposto a riscos, à aleatoriedade. Esta característica resta ainda mais evidente quando se refere ao mundo dos negócios e à realidade da vida cotidiana. A insegurança apresenta-se como um dos efeitos colaterais da industrialização e da complexificação das relações sociais contemporâneas, tornando ainda maior a necessidade de segurança em relação ao patrimônio. Trata-se, segundo o sociólogo Ulrich Beck, de uma *Sociedade do Risco*, pois, em seu entendimento, vive-se em um mundo fora de controle<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> <https://www.revistaapolice.com.br/2018/04/protecao-veicular-causaprejuizos-ao-consumidor/>, acesso em 22 de novembro de 2020: *A proteção veicular não deve ser confundida com o seguro. As cooperativas e as associações não garantem aporte financeiro em caso de sinistro. É uma atividade ilegal. Todas as operações detectadas no âmbito da Susep, por meio de denúncias, são reprimidas por nós. Encaminhamos as queixas ao Ministério Público, à Polícia Federal ou movemos processos sancionadores administrativos para barrar essa prática. Temos cerca de 400 ações abertas em decorrência desses abusos [são 200 processos levados ao Ministério Público e 180 ações administrativas lideradas pela Susep]*, diz Carlos de Paula, diretor de Supervisão de Conduta da Susep.

<sup>12</sup> CARLINI, Angélica. *Direito, economia e contratos de seguro*. In: CARLINI, Angélica; Saraiva Neto, Pery. (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 137.

<sup>13</sup> BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo?* Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003. pp. 113-117.

Nesse contexto, o risco é o primeiro fator que se deve ter em mente, ao se pensar o contrato de seguro: risco de acidentes, de infortúnios, de perdas no exercício de atividade econômica, enfim, risco de sofrer prejuízos de ordem material. Mas esse risco não se confunde com a incerteza, quando ele for considerado como estatisticamente mensurável, quantificável. Nas palavras de Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz Cavalcanti e Ayrton Pimentel, o risco, ao contrário da incerteza, que se constitui em [...] *um sentimento humano imensurável [...], é um dado social objetivo*<sup>14</sup>.

Interessante a contribuição de Abel Copo, ao dizer que o contrato de seguro não existe sem o risco, eis que ambos constituem uma relação biunívoca essencial. Avança em seu raciocínio dizendo que o seguro evolui em razão das mudanças dos riscos, muito especialmente, fruto do desenvolvimento tecnológico da sociedade<sup>15</sup>.

Fernando Galiza define os riscos puros como aqueles que só produzem perdas. Esses riscos podem ser retidos, quando o agente econômico os assume como eles são, sem modificá-los, mas adotando medidas de redução, que não alteram a probabilidade de perda, mas a reduzem em razão das medidas de cautela<sup>16</sup>.

Analizado o contrato de seguro a partir de um cenário geral da definição de contrato apresentada por Enzo Roppo como as vestes de uma operação econômica, verificadas e descritas suas especificidades e idiossincrasias, de fácil constatação se tratar de elemento essencial da operação de seguros. Para a continuidade e avanço do proposto no presente trabalho, importante avançar para a noção de risco a partir do seguro e sua lógica econômica e atuarial.

### **3. O risco como elemento essencial do contrato de seguro**

Angélica Carlini, ao falar sobre o tema, destaca que a estrutura empresarial de sustentação da atividade do seguro tem início

---

<sup>14</sup> TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

<sup>15</sup> VEIGA COPO, Abel B.. *Tratado del Contrato de Seguro*. Tomo I. 5. ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2017. pp 33-34.

<sup>16</sup> GALIZA, Fernando. *A economia do seguro: uma introdução*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 27.

nos cálculos atuariais, responsáveis pela determinação dos valores necessários à formação do fundo mutual e do montante da contribuição do segurado<sup>17</sup>.

Não se pode negar que viver significa estar exposto a riscos, à aleatoriedade. Esta característica resta ainda mais evidente quando se refere ao mundo dos negócios e à realidade da vida cotidiana. A insegurança apresenta-se como um dos efeitos colaterais da industrialização e da complexificação das relações sociais contemporâneas, tornando ainda maior a necessidade de segurança em relação ao patrimônio. Trata-se, segundo o sociólogo Ulrich Beck, de uma *Sociedade do Risco*, pois, em seu entendimento, vive-se em um mundo fora de controle<sup>18</sup>.

Fernando Galiza define os riscos puros como aqueles que só produzem perdas. Esses riscos podem ser retidos, quando o agente econômico os assume como eles são, sem modificá-los, mas adotando medidas de redução, que não alteram a probabilidade de perda, mas a reduzem em razão das medidas de cautela<sup>19</sup>.

Nesse contexto, parece importante frisar que o seguro sempre atua com riscos pretéritos, já conhecidos, cujas informações são objeto de análise por parte do atuário, profissional cuja formação tem por objeto a análise, a gestão de riscos.

Os autores também enfatizam as limitações do Direito em relação ao exame do desconhecido, eis que a dogmática jurídica se baseia no passado, na repetição, não sendo plenamente capaz de regular, a problemática da sociedade atual, globalizada<sup>20</sup>.

No que concerne à operação de seguros, Andrea Signorino, após a realização de uma consistente análise dos conceitos referentes aos riscos jurídicos e econômicos, sintetiza suas reflexões sobre o tema da seguinte maneira:

---

<sup>17</sup> CARLINI, Angélica. *Direito, economia e contratos de seguro*. In: CARLINI, Angélica; Saraiva Neto, Pery. (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 137.

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo? Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. São Paulo: UNESP, 2003. pp. 113-117.

<sup>19</sup> GALIZA, Fernando. *A economia do seguro: uma introdução*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 27.

<sup>20</sup> Ibid., p. 170.

*Em suma, podemos dizer que o risco é a contingência ou aproximação de um dano, é um acontecimento ou modificação do mundo exterior, incerto quanto a sua produção ou quanto ao momento de sua concretização. Esta última é o que se passa nos seguros de vida que cobrem o risco de falecimento: este evento é certo que ocorre, mas se desconhece o momento de sua ocorrência<sup>21</sup>.*

Diante das contribuições de autores que se dedicam ao estudo do Direito do Seguro, tem-se o cenário propício ao estudo do princípio da boa-fé como mecanismo de viabilização da operação de seguros que se traveste em formato de contrato.

#### **4. Princípio da Boa-fé como Mecanismo de Eficiência na Esfera dos Contratos de Seguro**

A boa-fé contratual, especificamente, traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não fraudar a confiança da contraparte, alcançando, como adverte Karl Larenz, outros participantes da relação jurídica<sup>22</sup>.

Tal dever se dirige, em primeiro lugar, ao devedor, com o mandado de cumprimento de sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional, ao comportamento que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, com mandado de exercício do direito que lhe corresponde, atuando em conformidade com a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que ela possa pretender, segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com mandado de se conduzirem de forma a corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta vinculação especial e a uma consciência honrada<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> SIGNORINO, Andrea Barbat. *Estudios de derecho de seguros*. Montevideo: La Ley. 2016. p. 454. “En suma, podemos decir que el riesgo pues es la contingencia o proximidad de un daño, es un acontecimiento o modificación del mundo exterior, incierto en cuanto a su producción misma o en cuanto al momento de su concreción. Esto último es lo que sucede en los seguros de vida que cubren el riesgo de fallecimiento: esto es seguro que ocurra, pero se desconoce el momento de su ocurrencia.

<sup>22</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. p. 55.

<sup>23</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55.

Parece agora pertinente mencionar as palavras de Luciano Timm, para quem, sem a coação estatal, é improvável que os contratantes cumpram sempre suas obrigações. O direito contratual pode então interferir na relação entre as partes, de forma a alterar o equilíbrio, levando à cooperação mútua<sup>24</sup>.

A lei, ao impor a quem se obrigou, a necessidade de cumprimento do compromisso assumido, está apenas protegendo, de acordo com o interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha de que seu interesse particular seria satisfeito. Em relação a uma desejável delimitação, nem a lei, nem os contratos podem prever e regular tudo<sup>25</sup>.

No tocante à legislação, uma pormenorizada regulamentação dos contratos seria incompatível com a autonomia privada. Por isso, em cada negócio jurídico da vida real, fica sempre em aberto um largo campo, no qual a conduta a que estão obrigados os interessados só pode ser determinada com recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, fundada na confiança<sup>26</sup>.

A boa-fé objetiva tem potencialidade, nas palavras de Judith Martins-Costa, para atuar não como um vago cânones de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida no contrato<sup>27</sup>.

O imperativo de agir em conformidade com a boa-fé está presente nas negociações que precedem ao contrato, na sua conclusão, interpretação e execução, chegando, inclusive, a justificar a extinção de obrigações, com resolução de contratos. A sua violação na fase preliminar das negociações, quando as pessoas ainda não estão adstritas a outro dever que não seja o *neminem laedere*, origina a responsabilidade contratual<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas: 2012. pp. 171-172.

<sup>25</sup> NORONHA, op. cit., p. 148.

<sup>26</sup> Ibid., p. 148.

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 418.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 150.

Na visão de António Manuel Menezes Cordeiro, o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos em um prisma juspositivo e uma ótica histórico-cultural. As verificações anteriores permitem detectar quais são esses deveres, nascidos na fase preliminar do negócio jurídico, mas exigíveis também em sua execução<sup>29</sup>.

Partindo-se da análise do conteúdo da relação obrigacional complexa ou sistemática, encontram-se inúmeros deveres de conduta, cujo pressuposto é a necessidade de agir de acordo com a boa-fé. Tais deveres de conduta são designados como deveres acessórios, laterais ou correlatos<sup>30</sup>.

De acordo com tal classificação, há que se distinguir na obrigação, em geral, e na relação contratual, em especial, os deveres de prestação e dos meros deveres de conduta. Os primeiros traduzem-se em prestações exigíveis e subdividem-se em deveres primários e secundários. Os outros, também chamados de deveres acessórios ou laterais, não dizem respeito a prestações específicas, revelando-se apenas na medida em que se tornam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional<sup>31</sup>.

De acordo com António Manuel Menezes Cordeiro, pelos primeiros, as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas para evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos às suas pessoas e aos seus patrimônios, pelos segundos<sup>32</sup>.

As partes estão obrigadas a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente sobre todos os aspectos atinentes ao vínculo, sobre as ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, sobre todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir; quanto aos deveres acessórios de lealdade, estes obrigam as

---

<sup>29</sup> CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 632.

<sup>30</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 160.

<sup>31</sup> Ibid., p. 160.

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 604 et seq.

partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado<sup>33</sup>.

A respeito dos deveres de indicação e esclarecimento, pronuncia-se Clóvis do Couto e Silva no sentido de que o dever de esclarecimento se dirige ao outro participante da relação jurídica, com vistas a tornar clara certa circunstância da qual a contraparte tem conhecimento imperfeito, errôneo, ou, ainda, ignorância total. Importante salientar que o dever de esclarecimento está relacionado a circunstâncias relevantes ao contrato. Os deveres de esclarecimento têm como objeto uma declaração de conhecimento, constituindo-se em resultado do pensamento cognitivo e, não, volitivo, possuindo, por esse motivo, na concepção do autor, somente um caráter declaratório<sup>34</sup>.

O princípio da boa-fé objetiva torna-se um verdadeiro viabilizador da operação de seguro; por tal motivo, é indissociável desse instituto, eis que a assimetria de informações por parte do segurador em relação ao segurado só é mitigada em razão do respeito a tal princípio, tanto na formação do contrato, quanto em sua execução.

Em relação ao contrato de seguro, bem aponta Abel B. Beiga Copo, ao mencionar que se trata de um contrato de boa fé em que o segurador e o segurado devem ser leais um com o outro<sup>35</sup>.

Como lecionado por Francisco Galiza, as informações, em se tratando do mercado securitário, não são perfeitamente conhecidas por todos os agentes econômicos envolvidos, ou seja, não são simétricas. Há o risco de deformação dos contratos, quando surgem alterações de comportamento do segurado após a assinatura dos instrumentos, pelo que o agente segurador terá extrema dificuldade em controlar, perfeitamente, essas mudanças, fato que só depende do segurado e de seu padrão moral. Tem-se aqui estabelecido um conceito importante, qual seja, o de perigo moral<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 604 et seq.

<sup>34</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatcky, 1976. p. 115.

<sup>35</sup> VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del Contrato de Seguro*. Pamplona: THOMPSON REUTERS, 2017, p. 206.

<sup>36</sup> GALIZA, Fernando. *A economia do seguro: uma introdução*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 170.

Nesse sentido, María Luisa Muñoz Paredes também relata ser o contrato de seguro um exemplo muito vivo de assimetria informatacional na fase pre-contratual, aponta o artigo 10 da Ley del Contrato de Seguro de España<sup>37</sup> como principal recurso legal para compensar a assimetria informativo do segurador<sup>38</sup>.

Outro ponto passível de exame é a dificuldade da seguradora de definir, com acuidade, o preço do seguro a partir do perfil de quem irá contratá-lo, pois, enquanto o seguro é calculado pela sinistralidade média de todos os segurados, o cliente que prioritariamente irá comprar o seguro é aquele que possui as maiores taxas de risco e, em consequência, maiores taxas de sinistralidade<sup>39</sup>.

Desse modo, ao se insculturir o princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, de modo a poder ser observado pelo agente econômico segurador, pelo segurado e, de igual forma, pela mutualidade, está-se a reduzir os custos de transação, eis que as informações transmitidas, presumida a boa-fé, são a referência de avaliação do risco, baseando-se a seguradora nessas informações para especificar o prêmio a ser adimplido; é portanto, o princípio da boa-fé ferramenta imprescindível para a redução de custos ao segurado/

---

<sup>37</sup> Artículo diez.

*El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.*

*El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Correspondrán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.*

*Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.*

<sup>38</sup> MUÑOZ PAREDES, María Luisa. *El Deber de Declaración del Riesgo en el Seguro*. THOMPSON REUTERS, 2017. p. 19.

<sup>39</sup> Ibid., p. 170.

consumidor, razão pela qual, sua não observância deve lhe render penalidades contratuais.

Considera-se, nessa perspectiva, importante o contributo de Ilan Goldberg, ao mencionar que não se controverte quanto à importância da boa-fé no contrato de seguro, seja no âmbito de sua formação, vigência, execução ou, até mesmo posteriormente. A verdade é que a boa-fé exerce função relevantíssima no relacionamento entre o segurado e a seguradora, já que é, com base nas informações prestadas por aquele, que esta cotará o risco a ser por ela aceito ou não, ensejando, conforme o caso, o estabelecimento do contrato. E é, justamente, por tal motivo, que as informações prestadas pelo proponente devem ser transparentes, claras, a fim de que a seguradora, após celebrado o contrato, não venha a ser surpreendida em razão de dados que, caso lhe tivessem sido oportunamente informados, repercutiriam, eventualmente ou não, na realização do negócio jurídico, ou na cotação de um prêmio em patamares diferenciados. Da mesma maneira, acrescenta o autor, as informações atinentes à cobertura precisam ser claramente disponibilizadas para que o segurado saiba, exatamente, as garantias que está adquirindo. A clareza, a correição e a lealdade são uma via de mão dupla: está-se a falar em cooperação. Os problemas surgem, exatamente quando interpretações distorcidas diminuem a relevância e a densidade que a boa-fé ocupa no seio da formação do contrato de seguro<sup>40</sup>.

No caso em exame, o conceito de custo de transação<sup>41</sup>, em consonância com suas distintas espécies, é importantíssimo para uma análise mais precisa, na hipótese de quebra contratual, motivada,

---

<sup>40</sup> GOLDBERG, Ilan. *Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro*. Revista Jurídica de Seguros, Rio de Janeiro, p. 81-82, 6 maio 2017.

<sup>41</sup> BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. *A nova economia institucional: teoria e aplicações*. Brasília, DF: UNB, 2003. p. 34: *Os custos de transação são afetados tanto pela tecnologia quanto pelos direitos de propriedade. Os custos de transação são dois: o de transação de produção e o de transação de troca. Os custos de transação de produção são os custos de produção invisíveis (Alston 1999) e são relacionados, basicamente, a custos de monitoração. A tecnologia pode diminuir esses custos de monitoração.*

*Há também, os custos de transação de troca. Esses custos incluem os custos associados a negociação e reforço dos contratos (Alston 1999). Os custos de transação de troca são custos que ocorrem numa transação em que não há produção envolvida diretamente e sim apenas uma troca.*

por exemplo, por exceção de contrato não cumprido, ou resolução por onerosidade excessiva, eis que ele é suporte para a verificação da incidência das normas adequadas, para a verificação de simples descumprimento contratual ou da necessidade de revisão de cláusulas contratuais que envolvam as obrigações da avença, em razão do novo cenário que se apresente, sempre se analisando as questões de forma recíproca.

Assim, o princípio da boa-fé é o verdadeiro viabilizador econômico do contrato de seguro, pois não seria factível que uma seguradora contratasse investigadores para analisar, uma a uma, todas as informações prestadas pelos milhares de possíveis contratantes, ou segurados. É de se perguntar quem pagaria os custos atrelados a essas exigências, e mesmo sobre a viabilidade econômico-financeira em dar continuidade ao negócio. Sob essa ótica, pretensamente protecionista aos interesses do segurado, seria atendida a função social a que se destina o seguro<sup>42</sup>.

As conclusões sobre a inviabilidade de tais procedimentos, *mutatis mutandis*, são muito bem percebidas em estudo correlato, que pode servir de paradigma para a situação em concreto, desenvolvido por Fabiano Koff Coulon e Ely José de Mattos. Os autores referem que a possibilidade de diluição dos custos dos acidentes de consumo também pode apresentar outras consequências, além do denominado efeito distributivo, tais como: (a) o aumento do preço dos produtos, ao refletir também o custo dos acidentes, incrementaria a informação do consumidor, na medida em que ela ajuda a evidenciar o custo real desses produtos e cria incentivos ao fornecedor para agregar advertências acerca de sua utilização; (b) uma queda no consumo dos produtos potencialmente perigosos, devido ao aumento de preço, o que significaria também uma queda na probabilidade de efetiva ocorrência de eventos danosos; (c) a constituição de um fundo para as vítimas de eventos danosos, pois a quantia adicional incorporada ao preço do produto corresponderia a um fundo, a ser utilizado para compensá-las, de forma direta ou para contratar um seguro de responsabilidade civil por parte dos fornecedores<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> GOLDBERG, Ilan. *Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro*. Revista Jurídica de Seguros, Rio de Janeiro, p. 90-91, 6 maio 2017.

<sup>43</sup> COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José. *O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia*. [S.I.], 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

#### 4. A Conectividade como elemento de Diminuição da Assimetria Informacional e seu Conteúdo Probatório

Diante do contexto tradicional de contrato de seguro, viabilizado pelo princípio da boa-fé na atenuação de assimetrias informacionais, percebe-se presente agora, um contexto totalmente novo, eis que a obtenção da informação real se dá de um modelo inédito ao agente segurador, que terá condições executar o contrato de modo muito mais próximo à verdade dos fatos, bem como se desincumbirá de seu ônus probatório, de modo muito mais eficiente, conforme legislação processual vigente<sup>44</sup>.

Outro ponto importante a se abordar é o atingimento na essência da função social do contrato, elemento positivado em nosso Código Civil, especialmente, em seu caráter extra partes<sup>45</sup>.

A possibilidade de verificação de informações antes inacessíveis, levará o usuário/segurado, sem dúvida a uma condução do veículo mais segura, provocando sinistros e, via de consequência, menos danos a toda a sociedade.

---

<sup>44</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

<sup>45</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

## **Considerações finais**

De se constatar que a técnica de gestão de riscos do seguro tem como racionalidade a utilização de dados pretéritos para a mensuração de probabilidade de ocorrência do fato gerador de adimplemento de obrigação - o chamado sinistro. As companhias seguradoras, que são entes especializados nessa gestão organizam-se de forma empresarial buscando sempre a maior eficiência possível, qual seja, o cumprimento das obrigações referentes aos sinistros mediante o prévio pagamento de prêmios que formem o fundo mutual.

Todavia, nossa sociedade tem passado por transformações muito aceleradas. Diversos são os movimentos disruptivos que, de certa forma, dificultam ou impedem que se tenha mais espaço para a mensuração de alguns riscos novos com base em eventos passados, como dispõe a técnica do seguro. Certamente, o maior desafio da indústria do seguro é a sua preparação para o suporte de gestão de riscos previsíveis, cujo auxílio da tecnologia, especialmente a conectividade, se mostra imprescindível.

A análise de fatos pretéritos como a técnica atuarial nos trouxe até aqui, mas, certamente, para que **mantenhamos o contrato de seguro atual, tanto como instrumento jurídico, quanto econômico e de proteção social, novos arranjos e técnicas deverão ser desenvolvidos, posto que as mudanças da sociedade se dão em um caráter intenso e de transformação muito radical, refletindo uma realidade completamente diferente, mesmo quando estamos falando de pequenos lapsos temporais.**

### **Referências Bibliográficas:**

ARBIX, Glauco. *Dilemas da Inovação no Brasil* in Turchi, Lenita; Morais, José Mauro (orgs.). Políticas de Apoio à Inovação Tecnológica no Brasil – Avanços Recentes e Propostas de Ações. Brasília: IPEA, 2017.

BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. *A nova economia institucional: teoria e aplicações*. Brasília, DF: UNB, 2003.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo? Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. São Paulo: UNESP, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. *Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas* in Coutinho, Diogo R.; Foss, Maria Carolina; Mouallem, Pedro Salomon B. (orgs.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Edgard Blücher, 2017.

CARLINI, Angélica. *Direito, economia e contratos de seguro*. In: CARLINI, Angélica; Saraiva Neto, Pery. (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José. *O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia*. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

GALIZA, Fernando. *A economia do seguro: uma introdução*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997.

GOLDBERG, Ilan. *Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro*. Revista Jurídica de Seguros, Rio de Janeiro, p. 81-82, 6 de maio, 2017.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano C. R. *The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa. *El Deber de Declaración del Riesgo en el Seguro*. THOMPSON REUTERS, 2017.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROOPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SIGNORINO, Andrea Barbat. *Estudios de derecho de seguros*. Montevideo: La Ley, 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas: 2012.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VEIGA COPO, Abel B.. *Tratado del Contrato de Seguro*. Tomo I. 5. ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2017.

Sítios eletrônicos consultados:

[https://www.sas.com/pt\\_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/articles/big-data/carros-conectados.html), acesso em 10 de junho de 2021.

<https://www.revistaapolice.com.br/2018/04/protecao-veicular-causa-prejuizos-ao-consumidor/>, acesso em 22 de novembro de 2020.

<https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/sp-arrecada-r-96-milhoes-para-dobrar-producao-de-vacina-contra-o-coronavirus/>, acesso em 02 de outubro de 2020.

# O seguro fiança locatícia e o título de capitalização na modalidade instrumento de garantia no contexto da Covid-19

Rachel Goulart Lombardi Zinato<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo pretende abordar os impactos da Covid-19 nos contratos de locação de imóveis urbanos e as proposições legislativas apresentadas no intuito de proteger o locatário dos efeitos da crise econômica. Pretende ainda abordar as consequências das proposições legislativas sobre o seguro fiança locatícia e o título de capitalização na modalidade instrumento de garantia.

**Abstract:** This article intends to address the impacts of Covid-19 in urban real estate lease contracts and the legislative proposals presented in order to protect the tenant from the effects of the economic crisis. It also intends to address the legislative consequences on the lease surety insurance and the capitalization certificate in the guarantee instrument modality.

**Palavras-chave:** Covid-19, contrato de locação de imóveis urbanos, garantia locatícia, proposição legislativa, seguro fiança locatícia, título de capitalização na modalidade instrumento de garantia.

**Keywords:** Covid-19, urban real estate lease contract, lease guarantee, legislative proposal, lease guarantee insurance, capitalization certificate in the guarantee instrument modality.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As modalidades de garantia do contrato de locação. 2.1. O seguro fiança locatícia. 2.2. O título de capitalização na modalidade instrumento de garantia. 3. As propostas legislativas que visam proteger o locatário dos efeitos da crise decorrente da pandemia. 3.1. PL nº 1179/2020 (transformado na Lei nº 14.010/2020). 3.2. PL nº 827/2020 (transformado na Lei nº 14.216/2021). 3.3. PL (RJ) nº 2243/2020. 4. O impacto negativo das proposições legislativas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Advogada formada em 2007 pela Faculdade de Direito Milton Campos.

## 1. Introdução

Não é novidade que a pandemia instaurou, para além da crise sanitária, também uma crise econômica. As restrições impostas pelo Poder Público como forma de mitigar o contágio pelo coronavírus, sobretudo às atividades consideradas não essenciais, apesar de inevitáveis, ocasionaram a queda do faturamento de empresas e em alguns casos até mesmo o encerramento definitivo de suas atividades. Tal situação desencadeou o aumento do desemprego, além de iniciativas, como a redução salarial.

Tudo isso refletiu na alteração da condição econômica das partes contratantes, isto é, a pandemia modificou a expectativa de renda da população de um modo geral, o que impactou diretamente também os contratos de locação de imóveis urbanos, especificamente.

Nesse contexto, foram apresentadas diversas proposições legislativas visando resguardar os locatários das consequências da Covid-19. Dentre as medidas protetivas encontradas nestas proposições, é possível mencionar, apenas a título exemplificativo, a suspensão da cobrança dos aluguéis, o desconto no valor de locação e a suspensão do cumprimento de medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas que resultem em despejos, desocupações ou remoções forçadas.

Em que pese, contudo, a boa intenção do legislador ao tentar proteger o locatário, as proposições relacionadas ao tema contam com uma série de impropriedades, como é o caso do impacto ocasionado às garantias do contrato de locação de imóveis urbanos, com destaque para o seguro fiança locatícia e o título de capitalização na modalidade instrumento de garantia.

## 2. As modalidades de garantia do contrato de locação

A Lei nº 8.245/1991<sup>2</sup>, conhecida como “Lei do Inquilinato”, trata na seção VII das garantias locatícias. De acordo com o artigo 37<sup>3</sup> da referida Lei, são modalidades de garantia a caução, a fiança,

---

<sup>2</sup> Lei nº 8.245/1991 - Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

<sup>3</sup> SEÇÃO VII  
Das garantias locatícias  
Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades

o seguro fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Registre-se que, segundo Arnaldo Rizzato<sup>4</sup>, a respeito das modalidades de garantia locatícia, *outros tipos tornam-se possíveis, como o penhor, a hipoteca, o compromisso de um terceiro. Nada impede que se ofereça em penhor algum bem para garantir a dívida futura. Nem que se dê a hipoteca para emprestar segurança de que o pagamento será efetuado. Desde que previstas em lei as garantias, tornam-se admissíveis em quaisquer negócios, se não houver disposição legal em contrário.*

Desse modo, é certo que as modalidades de garantia locatícia não se resumem somente àquelas elencadas na Lei do Inquilinato, sendo que existem também, apenas a título de exemplo, o penhor, a hipoteca e o compromisso de um terceiro, conforme já mencionado, além dos títulos de capitalização na modalidade instrumento de garantia.

## 2.1. O seguro fiança locatícia

A Lei do Inquilinato prevê o seguro fiança locatícia como opção de garantia ao contrato de locação. Esse seguro, que se destina tanto a pessoas físicas como jurídicas, foi regulamentado pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) através da Circular nº 587/2019<sup>5</sup>. Ressalta-se que consta do referido normativo:

*Art. 2º O seguro fiança locatícia destina-se a garantir o pagamento de indenização, ao segurado, pelos prejuízos que venha a sofrer em decorrência do inadimplemento das obrigações contratuais do locatário previstas no contrato de locação do imóvel, de acordo com as coberturas contratadas e limites da apólice.*

---

*de garantia:*

*I - caução;*

*II - fiança;*

*III - seguro de fiança locatícia.*

*IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.*

<sup>4</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 546.

<sup>5</sup> Dispõe sobre regras e critérios para a elaboração e a comercialização de planos de seguro do ramo Fiança Locatícia.

§ 1º A cobertura de falta de pagamento de aluguéis é a cobertura básica do plano de seguro fiança locatícia, sendo de contratação obrigatória.

§ 2º O plano de seguro fiança locatícia poderá prever outras coberturas para garantir as demais obrigações do locatário previstas no contrato de locação, as quais serão de contratação facultativa, respeitado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 3º, mediante pagamento de prêmio adicional.

Art. 3º O seguro fiança locatícia é um contrato acessório ao contrato de locação.

§ 1º O seguro fiança locatícia deve respeitar as cláusulas do contrato de locação e sua legislação específica, principalmente, no que diz respeito às obrigações do locatário que devem ser garantidas.

§ 2º As obrigações do locatário serão garantidas através da contratação da cobertura básica, mencionada no § 1º do art. 2º, em conjunto com as coberturas adicionais, mencionadas no § 2º do art. 2º, necessárias para atendimento ao disposto no parágrafo anterior.

§ 3º O atendimento ao disposto no § 1º deste artigo é de responsabilidade da seguradora e do corretor de seguros, se houver.

Art. 4º Para fins desta Circular, define-se como:

I - segurado: locador do imóvel, conforme definido no contrato de locação coberto pelo contrato de fiança locatícia;

II - garantido: locatário do imóvel, conforme definido no contrato de locação coberto pelo contrato de fiança locatícia;

III - expectativa de sinistro: período compreendido entre a 1º (primeira) inadimplência do garantido e a caracterização de sinistro;

IV - sinistro: inadimplência das obrigações do garantido, cobertas pelo seguro, caracterizado nos termos desta circular.”

No seguro fiança locatícia, o locatário (garantido) pagará o valor do prêmio à seguradora. O valor desembolsado não será devolvido ao final do contrato. Em contrapartida, a seguradora se comprometerá a antecipar ao locador (segurado) o montante das dívidas, incluídas as do aluguel e dos encargos legais, de acordo com a cobertura contratada.

Em caso de inadimplência, o locador (segurado) deverá notificar a seguradora para ser resarcido por esta, que terá um prazo de até 30 (trinta) dias corridos, a contar da data da notificação e da entrega da documentação necessária, para providenciar o pagamento da indenização.

## 2.2 O título de capitalização na modalidade instrumento de garantia

A Resolução nº 384/2020<sup>6</sup> do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) que regulamentou o mercado de capitalização, preceitua que os títulos são estruturados em seis modalidades, quais sejam: tradicional; instrumento de garantia; compra programada; popular; incentivo; ou filantropia premiável<sup>7</sup>.

Em relação ao instrumento de garantia, consta do artigo 32 da Resolução nº 384/2020 que a referida modalidade tem por objetivo propiciar que a provisão matemática para capitalização do título de capitalização seja utilizada para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em contrato principal pelo titular perante terceiro.

*Art. 32. A modalidade instrumento de garantia tem por objetivo propiciar que a provisão matemática para capitalização do título de capitalização seja utilizada para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em contrato principal pelo titular perante terceiro.*

*§ 1º A vinculação do título de capitalização à obrigação garantida, somente se caracteriza se o contrato principal dispuser expressamente sobre a possibilidade de utilização desta modalidade de garantia ou outra enquadrada como caução.*

---

<sup>6</sup> Dispõe sobre a operação de capitalização, as modalidades, elaboração, operação e comercialização de títulos de capitalização e dá outras providências.

<sup>7</sup> Art. 4º Os títulos de capitalização somente serão estruturados conforme as modalidades discriminadas abaixo:

- I - tradicional;
- II - instrumento de garantia;
- III - compra programada;
- IV - popular;
- V - incentivo; ou
- VI - filantropia premiável.
- (...)

§ 2º É vedada a vinculação da provisão matemática para capitalização à aquisição de bem e/ou serviço.

§ 3º É vedada indicação previamente impressa do cessionário em eventual cessão de direitos.

§ 4º A cessão realizada pelo titular só será aperfeiçoada quando ocorrer a quebra de contrato principal, momento em que o cessionário poderá resgatar o título, respeitadas as condições gerais.

O título de capitalização na modalidade instrumento de garantia é, portanto, uma modalidade de garantia locatícia que permite ao locador, em caso de inadimplência do locatário, solicitar o resgate do título de capitalização contratado por este último e utilizar o valor para quitar os débitos não pagos.

Diferente de todas as outras modalidades de garantia do contrato de locação, o título de capitalização na modalidade instrumento de garantia possibilita, durante a vigência do título, que o locatário participe de sorteios pela Loteria Federal e concorra a prêmios de acordo com a regra vigente no momento da contratação.

Além disso, ao término do contrato de locação, o locatário poderá ter 100% da reserva de capitalização de volta em valores atualizados, caso tenha cumprido com todas as suas obrigações.

### **3. As propostas legislativas que visam proteger o locatário dos efeitos da crise decorrente da pandemia**

O Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas vêm liderando esforços para auxiliar a população a lidar com os efeitos da crise econômica que a pandemia da Covid-19 potencializou.

Dentre as diversas proposições legislativas apresentadas desde o início da pandemia até os dias de hoje, três chamam a atenção, não apenas pelo teor, mas também pelo avançar da tramitação e seus desdobramentos.

#### **3.1. PL nº 1179/2020 (transformado na Lei nº 14.010/2020)**

O PL nº 1179/2020<sup>8</sup>, de autoria do Senador Antônio Anastasia, deu origem à Lei nº 14.010/2020<sup>9</sup>, que instituiu o Regime Jurídico

---

<sup>8</sup> PL nº 1179/2020, do Senador Antônio Anastasia - *Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).*

<sup>9</sup> Lei nº 14.010/2020 - *Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).*

## Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia

A lei, que previa em seu artigo 9º a suspensão do direito de os locadores requisitarem judicialmente medida liminar para que os imóveis locados fossem desocupados, até o dia 30 de outubro de 2020, acabou tendo, inicialmente, o dispositivo em questão vetado pelo Presidente da República.

A justificativa do veto foi no sentido de que o artigo concedia uma proteção considerada excessiva ao devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo às situações de inadimplemento e a desconsideração da realidade dos locadores que também dependiam do recebimento dos aluguéis, conforme se verifica:

*A propositura legislativa, ao vedar a concessão de liminar nas ações de despejo, contraria o interesse público por suspender um dos instrumentos de coerção ao pagamento das obrigações pactuadas na avença de locação (o despejo), por um prazo substancialmente longo, dando-se, portanto, proteção excessiva ao devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo ao inadimplemento e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de aluguéis como forma complementar ou, até mesmo, exclusiva de renda para o sustento próprio.*

O veto, no entanto, foi derrubado pelo Congresso Nacional e a proibição de despejo de inquilinos, que se deu até 30 de outubro de 2020, acabou sendo reincluída na Lei nº 14.010/2020.

### **3.2. PL nº 827/2020 (transformado na Lei nº 14.216/2021)**

O PL nº 827/2020<sup>10</sup>, de autoria dos Deputados André Jonanes, Natália Bonavides e Professora Rosa Neide, em linhas gerais, proibia o despejo ou a desocupação de imóveis até o fim de 2021 em virtude da pandemia.

---

<sup>10</sup> PL nº 827/2020, do Deputado André Jonanes e outras - *Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias.*

O projeto de lei, após regular tramitação, foi integralmente vetado pela Presidência da República, sob argumento de que a proposta, entre outros, possibilitaria melhorias para o problema dos posseiros, mas, por outro lado, agravaria a situação dos proprietários e dos locadores.

*Embora seja meritória a intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, tendo em vista que a suspensão dos efeitos de decisões judiciais, extrajudiciais e autotutela de posse que impliquem em desocupação de imóveis públicos, até o dia 31 de dezembro de 2021, com acréscimo de um ano da data do término do estado de calamidade pública, daria um salvo conduto para os ocupantes irregulares de imóveis públicos, os quais frequentemente agem em caráter de má fé e cujas discussões judiciais tramitam há anos.*

*Ademais, ressalta-se que os impedimentos descritos na proposição legislativa poderiam consolidar ocupações existentes, assim como ensejariam danos patrimoniais insuscetíveis de reparação, como engorda de praias, construções de muros-contenção, edificações, calçadões ou espiões nas áreas de bens de uso comum do povo, ou danos ambientais graves poderiam ser cometidos no período de vigência da propositura.*

*Além disso, a proposição legislativa está em descompasso com o direito fundamental à propriedade, conforme previsto no caput do art. 5º da Constituição, tendo em vista que ao propor a suspensão do cumprimento de medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas nas relações locatícias, conduziria a “quebras de contrato” promovidas pelo Estado, de modo que aumentaria o risco da atividade imobiliária, com a consequente possibilidade de aumento dos preços dos aluguéis, além de poder potencializar a inadimplência do setor.*

*Por fim, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma vez que muitas famílias, especialmente, as de baixa e média renda, com fundamento nessa premissa, adquirem imóveis como sua fonte de sustento, seja proveniente de aluguel, seja de arrendamento, seja para cultivo próprio. Desse modo, a forma proposta possibilitaria melhorias para o problema dos posseiros, mas, por outro lado, agravaria a situação dos proprietários e dos locadores. Assim, a paralisação de qualquer atividade judicial, extrajudicial ou administrativa tendente a devolver a posse do proprietário que sofreu esbulho ou a garantir o pagamento de aluguel, impactaria diretamente na regularização desses imóveis e na renda dessas*

*famílias de modo que geraria um ciclo vicioso, pois mais famílias ficariam sem fonte de renda e necessitariam ocupar terras ou atrasar pagamentos de aluguéis.*

Não obstante, o veto foi recentemente derrubado pelo Congresso Nacional, de modo que, no dia 8 de outubro de 2021, foi publicada a Lei nº 14.216/2021<sup>11</sup>.

Segundo a referida lei ficam suspensos até 31 de dezembro de 2021 os efeitos de atos ou decisões judiciais, extrajudiciais ou administrativos, editados ou proferidos desde a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, até 1 (um) ano após o seu término, que imponham a desocupação ou a remoção forçada coletiva de imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, que sirva de moradia ou que represente área produtiva pelo trabalho individual ou familiar.

A suspensão de que trata a Lei nº 14.216/2021 aplica-se, entre outros, aos seguintes casos: (i) execução de decisão liminar e de sentença em ações de natureza possessória e petitória, inclusive mandado pendente de cumprimento; (ii) despejo coletivo promovido pelo Poder Judiciário; (iii) desocupação ou remoção promovida pelo poder público; (iv) medida extrajudicial; (v) despejo administrativo em locação e arrendamento em assentamentos; e (vi) autotutela da posse.

Além disso, consta da lei que não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo a que se referem os incisos I, II, V, VII, VIII e IX do § 1º do art. 59 da Lei do Inquilinato, até 31 de dezembro de 2021, desde que o locatário demonstre a ocorrência de alteração da situação econômico-financeira decorrente de medida de enfrentamento da pandemia que resulte em incapacidade de pagamento do aluguel e dos demais encargos sem prejuízo da subsistência familiar, o que somente se aplicará aos contratos cujo valor mensal do aluguel não seja superior a R\$ 600,00 (seiscents reais), em caso de locação de imóvel residencial e R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), em caso de locação de imóvel não residencial.

---

<sup>11</sup> *Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias.*

### 3.3. PL (RJ) nº 2243/2020

O PL estadual 2243/2020<sup>12</sup>, de autoria do Deputado Jorge Felipe Neto, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pretendia assegurar aos locatários de imóveis comerciais o abatimento do valor de locação, proporcional aos dias em que interromperam ou cessaram o funcionamento de suas atividades, em cumprimento às medidas adotadas pelo Poder Público para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente da Covid-19.

O PL, todavia, recebeu parecer pela rejeição da matéria no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, ao argumento de que a medida adentra na relação contratual entre as partes ao interferir na livre negociação do pagamento dos aluguéis nesse período. Ao final, concluiu o relator, Deputado Luiz Paulo, pela inconstitucionalidade da matéria, de modo que o projeto restou arquivado.

### 4. O impacto negativo das proposições legislativas

As proposições que visam proteger o locatário dos efeitos adversos da Covid-19 com medidas que perpassam, frisa-se, pela suspensão da cobrança dos aluguéis, pelo desconto no valor de locação e pela suspensão do cumprimento de medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas que resultem em despejos, desocupações ou remoções forçadas, dentre outras, não devem prosperar.

Isso porque as proposições esbarram, antes de mais nada, na inconstitucionalidade, na medida em que interferem de forma excessiva na atividade privada, violando assim o princípio da livre iniciativa, previsto no inciso IV do artigo 1º<sup>13</sup> e no artigo 170<sup>14</sup> da Constituição Federal.

---

<sup>12</sup> PL (RJ) nº 2243/2020, do Deputado Jorge Felipe Neto - *Assegura aos locatários de imóveis comerciais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o abatimento proporcional de valores de locação em razão da determinação de fechamento e interrupção das atividades comerciais para atendimento das medidas de combate à covid-19, e dá outras providências.*

<sup>13</sup> Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*(...)*

<sup>14</sup> Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

O princípio da livre iniciativa representa um ponto marcante para o desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira. Não foi por acaso que a Carta Magna acolheu tal princípio como fundamental ao Estado brasileiro e também um princípio geral da ordem econômica.

Cumpre acrescentar que decorre do princípio constitucional da livre iniciativa a Lei nº 13.874/2019<sup>15</sup>, também conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”, que prevê em seu artigo 2º<sup>16</sup> a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

---

- I - soberania nacional;*
  - II - propriedade privada;*
  - III - função social da propriedade;*
  - IV - livre concorrência;*
  - V - defesa do consumidor;*
  - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*
  - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*
  - VIII - busca do pleno emprego;*
  - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

<sup>15</sup> Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

<sup>16</sup> Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:  
*I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;*  
*II - a boa-fé do particular perante o poder público;*  
*III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e*  
*IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.*  
Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hiper suficiência ou reincidência.

A referida Lei acrescentou ao Código Civil dispositivo no sentido de que, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 421<sup>17</sup>.

Nesse sentido, evidente que as proposições violam, além do princípio da livre iniciativa, também a Lei da Liberdade Econômica e o Código Civil, uma vez que representam uma indevida ingerência na iniciativa privada.

Quanto ao mérito, as proposições, em sua grande maioria, desconsideram que muitos locadores dependem da receita dos aluguéis para sustento e, inclusive, alguns possuem como fonte única e exclusiva de renda o recebimento de seus aluguéis. Desconsideram ainda que parte dos locadores foram afetados de algum modo pelos efeitos da pandemia.

Por outro lado, as proposições, de forma quase unânime, subestimam o fato de que nem todo locatário foi impactado pela pandemia. Conforme já afirmado, é verdade que grande parte da população esteja sofrendo os efeitos da crise. Porém, as proposições não se atentam às outras tantas situações em que a atividade não tenha sido diretamente afetada.

É o caso dos bancos, supermercados, farmácias, muitas indústrias e outras atividades que puderam e podem perfeitamente manter a regularidade do pagamento dos aluguéis. Da mesma forma, não faz sentido criar benefícios em lei para pessoas físicas que não tiveram os seus ganhos afetados pela pandemia como, por exemplo, funcionários públicos e outros<sup>18</sup>.

Não é demais concluir que as proposições favorecem, via de regra, a totalidade dos locatários, inclusive aqueles não afetados pela crise, que poderão se valer de alguma medida protetiva sem a devida necessidade.

---

<sup>17</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

<sup>18</sup> Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083732&ts=1630408605598&disposition=inline>>, acesso em 16/09/2021.

Cada situação é peculiar e o tratamento uniforme poderá ensejar a quebra da comutatividade contratual, podendo até mesmo induzir contratantes a terem condutas de má fé em busca de locupletamento. Em verdade, na linha do intuito das proposições legislativas, que é também evitar o que se chama de “calote geral”, permitir a suspensão de pagamento de aluguéis, dentre outras medidas, sem critérios e negociação, poderá ensejar uma situação igualmente não desejada, qual seja, que aqueles que tenham condições de pagar aluguel em tempos de crise não o façam, ao amparo da lei, deixando desassistidos aqueles que fazem do aluguel sua principal ou única fonte de renda<sup>19</sup>.

Mas isso não é tudo. As proposições causam insegurança jurídica também em relação às garantias locatícias, já que fomentam o inadimplemento das obrigações assumidas pelo locatário, de modo que o locador, sem receber a contraprestação que lhe é devida, poderá acionar o seu garantidor. Em outros dizeres, as proposições favorecem o aumento da sinistralidade no seguro fiança locatícia, além do aumento no número de resgates do título de capitalização relacionado à garantia do contrato de locação.

A título de exemplo, suponha-se que a garantia contratada trate de um seguro fiança locatícia. Na medida em que a lei possibilitar a inadimplência por parte do locatário, o locador poderá notificar a seguradora para ser ressarcido, aumentando, assim, de forma desproporcional, a sinistralidade.

Vale esclarecer que a atividade das seguradoras é exercida sob o mutualismo, princípio que exprime um regime de cooperação, de contribuição coletiva que leva um grupo de segurados expostos aos mesmos ou a riscos semelhantes a aportar somas para a formação de um fundo que irá repor a perda futura, incerta e eventual, de alguns segurados.

O fundo mútuo é administrado pelas seguradoras, com vistas a assegurar, nos casos dos seguros, indenizações relacionadas ao risco de acidentes e às ameaças à vida, à incolumidade física, à saúde e ao patrimônio dos segurados. Assim, o mutualismo é um princípio de gestão de riscos anterior ao próprio seguro, consistindo em toda a concentração de esforços ou recursos de uma coletividade, destinados

---

<sup>19</sup> Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083254&ts=1630408603631&disposition=inline>>, acesso em 16/09/2021.

a garantir a recomposição patrimonial dos seus membros que, de uma forma individual, tenham sido, sejam ou venham a ser vítimas de um infortúnio<sup>20</sup>.

É somente a partir de cálculos matemáticos, atuariais e estatísticos que as seguradoras conseguem obter a previsibilidade de determinadas ocorrências e sinistros, para garantir, a partir do fundo comum, ao segurado/beneficiário a reposição da perda patrimonial, a proteção à vida e à saúde.

Isso porque com esses cálculos é possível à seguradora medir o risco, taxar o prêmio, dimensionar sua responsabilidade e estabelecer as provisões técnicas correspondentes, exigidas pelos órgãos reguladores e fiscalizadores competentes. Em síntese, as provisões técnicas representam o fundo gerido pelas empresas do mercado segurador, para fazer frente a eventos que se repetem no tempo, dentro de uma flutuação máxima esperada.

O aumento da sinistralidade no seguro fiança locatícia é extremamente temeroso, pois poderá afetar os cálculos envolvidos nestas operações, gerando a necessidade de aumento do valor do seguro fiança locatícia para o equilíbrio do fundo. Inclusive, como medida extrema, as proposições legislativas ora tratadas poderão inviabilizar a continuidade da prestação do serviço, tamanho o desequilíbrio que ocasionará, o que certamente será prejudicial à totalidade dos segurados e subscritores.

Apesar de se ter uma ideia do impacto da pandemia no seguro fiança locatícia, dados<sup>21</sup> demonstram que o acumulado de sinistros no primeiro semestre de 2020 superou todo o volume registrado em 2019. Conforme tabela abaixo, os valores de sinistros no setor, até junho de 2020, somaram R\$ 157,6 milhões, o equivalente a mais que o triplo do registrado no mesmo período de 2019, que foi de R\$ 51,4 milhões.

---

<sup>20</sup> SILVA, Ivan de Oliveira, *Curso de Direito do Seguro*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

<sup>21</sup> Disponível em <<http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relatorios-2019/sinteses-mensais/Sintese%20Junho%202020%20site.pdf>>, acesso em 22/09/2021.

### Seguro fiança locatícia

	Prêmio ganho	Sinistros ocorridos	Sinistralidade
<b>Acumulado</b> (jan - jun 2019)	215,06	51,44	23,9%
<b>Acumulado</b> (jan - jun 2020)	255,33	157,59	61,7%

Além disso, é de conhecimento que o pagamento de R\$ 238 milhões em indenizações a proprietários de imóveis, de janeiro a novembro de 2020, representou alta de 106% em relação ao mesmo período do ano anterior<sup>22</sup>.

Em relação ao título de capitalização, percebe-se, conforme dados da tabela abaixo, que, de igual modo houve aumento significativo e crescente de resgates com a chegada da pandemia<sup>23</sup>.

### Seguro fiança locatícia

	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maio	Junho
<b>Receitas</b>	185,92*	208,68	246,59	201,83	184,11	199,95
<b>Resgates</b>	13,31	11,87	20,11	45,85	114,09	134,61

\* Em bilhões de Reais.

Uma alternativa para contornar a questão, de modo a não impor um ônus tão pesado à nenhuma das partes, tal como pretendem as proposições legislativas até aqui apresentadas, e que pode facilitar tanto

<sup>22</sup> Disponível em <[http://www.ibracor.org.br/web/guest/todas-noticias/-/asset\\_publisher/oEWZ8S1DqA47/content/seguro-para-aluguel-indenizacoes-dobram-na-pandemia](http://www.ibracor.org.br/web/guest/todas-noticias/-/asset_publisher/oEWZ8S1DqA47/content/seguro-para-aluguel-indenizacoes-dobram-na-pandemia)>, acesso em 06/09/2021.

<sup>23</sup> Disponível em <<http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relatorios-2019/sinteses-mensais/Sintese%20Junho%202020%20site.pdf>>, acesso em 22/09/2021.

o pagamento do aluguel sem maiores traumas, por parte do locatário, quanto o seu recebimento de forma tempestiva e livre de embargos, por parte do locador, pode ser encontrada na própria Lei do Inquilinato.

Dispõe o artigo 18<sup>24</sup> da já mencionada Lei nº 8.245/1991 que as partes, de comum acordo, poderão renegociar o valor do aluguel, inserir ou modificar cláusula de reajuste.

Portanto, já é facultado às partes o ajuste dos valores envolvendo o aluguel, o que inclui inúmeras possibilidades, como parcelamentos e/ou descontos por determinado prazo e/ou o não reajuste no corrente ano, desde que as partes busquem o equilíbrio econômico, usando o bom senso e a boa-fé.

Cenários como o atual exigem a proteção da negociação entre as partes – e não a imposição a qualquer preço de uma medida protetiva destinada a apenas uma delas –, até mesmo porque são os contratantes, e não o Poder Público, que têm melhor conhecimento das particularidades do contrato. Nesse sentido, é certo que as partes contratantes possuem melhores condições de avaliar o que precisa ser ajustado, devendo ser priorizada as suas vontades, sem a intervenção estatal.

## 5. Conclusão

As inúmeras medidas decretadas visando conter a disseminação do coronavírus, tais como o fechamento de atividades não essenciais, o isolamento social, dentre outras, impactaram de forma contundente o planejamento econômico de pessoas físicas e jurídicas, com reflexo, inclusive, nos contratos de locação de imóveis urbanos, já que a referida crise colocou em xeque a continuidade do pagamento de tais contratos.

Nesse contexto, foram apresentadas inúmeras proposições legislativas no intuito de proteger o locatário contra os efeitos da crise. Contudo, as proposições não levaram em consideração questões básicas, como os impactos que causariam na vida do locador.

As proposições também impactam as modalidades de garantia locatícia, como é o caso do seguro fiança locatícia e dos títulos de capitalização na modalidade instrumento de garantia, já que, não é

---

<sup>24</sup> Art. 18. É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste.

demais lembrar, o locador poderá açãoar o seu garantidor quando houver inadimplência do contrato de locação.

Assim sendo, as proposições fomentam o aumento da sinistralidade no seguro fiança locatícia, bem como o aumento no número de resgates do título de capitalização na modalidade instrumento de garantia.

A melhor saída é observar a legislação vigente, que prevê qual o tratamento a ser dado em situações como a atual imposta pela pandemia, já que ela confere mecanismos para que as partes negoçiem descontos, prazos, prorrogações, isenções, juros, multas, e até resolução contratual, se for o caso<sup>25</sup>.

Aliás, a previsão de negociação entre as partes sempre existiu e já é tradição consolidada nesse setor, ou seja, não há necessidade de uma lei para determinar isso de forma obrigatória<sup>26</sup>.

## 6. Referências bibliográficas

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 546.

SILVA, Ivan de Oliveira, *Curso de Direito do Seguro*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato Comentada: Doutrina e Prática*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 168.

---

<sup>25</sup> Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083254&ts=1630408603631&disposition=inline>>, acesso em 18/09/2021.

<sup>26</sup> Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083242&ts=1630408604026&disposition=inline>>, acesso em 18/09/2021.

# LGPD - Conversa com o Judiciário

**Glauce Carvalhal<sup>1</sup>**

Com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD em 2018 e o início da sua entrada em vigor em setembro de 2020, o tema da proteção de dados pessoais tornou-se prioritário na agenda nacional. Os desafios são imensos seja para a comunidade jurídica, técnica, para o setor público e os setores produtivos. No caso do setor de seguros, o tema tem especial relevância, uma vez que os dados pessoais são insumo da sua atividade.

Diante de tal cenário, a CNseg destinou um painel específico, realizado em 01/10, na Conseguro 2021, para abordar a LGPD e seus reflexos sob a perspectiva do Poder Judiciário, da Superintendência de Seguros Privados – Susep e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD.

Para tanto, o painel contou com a presença do ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Ricardo Villas Bôas Cueva, da diretora da ANPD, Miriam Wimmer, do diretor da Susep, Vinicius Brandi, com a mediação de Glauce Carvalhal, Superintendente Jurídica da CNseg.

## 1. Introdução

O painel teve início com as considerações iniciais da Superintendente Jurídica da CNseg sobre os pilares que são pautados a atividade securitária e sua ótica a partir da LGPD.

Neste sentido, foi esclarecido que o mutualismo, basilar das atividades securitárias, é um princípio, que exprime um regime de cooperação, de contribuição coletiva que leva um grupo de segurados

---

<sup>1</sup> Advogada, pós-graduada em Direito Civil Constitucional pela UERJ, tem especialização em Direito do Seguro e Resseguro pela FGV. Superintendente Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

expostos aos mesmos ou a riscos semelhantes a aportar somas para a formação de um fundo que irá repor a perda futura, incerta e eventual de alguns segurados, administrado pelas sociedades seguradoras.

Além do mutualismo, a informação e a boa-fé também são basilares para o desenvolvimento da atividade securitária. Isto porque para especificar adequadamente o risco e garantir tanto as coberturas que se deseja contratar como a sustentabilidade do fundo comum, as seguradoras se utilizam das informações do segurado para avaliar o seu risco e calcular o valor do prêmio.

Sob o aspecto da boa-fé, é importante contextualizar que no setor de seguros existe uma assimetria de informação, uma vez que é o segurado que tem mais informação acerca do seu próprio risco que o segurador. Por tal razão, pauta-se na boa fé de que segurado fornece as informações adequadamente. Caso assim não fosse, se, por exemplo, o segurado omitir informações que agravaria o seu risco, tal omissão seria prejudicial não só a ele, mas a todos que compõem o fundo comum, visto que este fundo foi constituído a partir da contribuição de todos.

Com efeito, a partir das informações adequadas, as seguradoras realizam o seu processo de subscrição. Este processo consiste em procedimentos de análise de risco, estudos estatísticos, atuariais e a avaliação das probabilidades de materialização dos riscos, que permitem a adequada avaliação pelas seguradoras para a sua tomada de decisão, com o objetivo de assegurar um valor de prêmio justo ao segurado.

Deste modo, proporciona-se a justiça tarifária, na medida em que há uma justa política de especificação do risco, na qual se permite que aqueles que se expõem a riscos diferenciados paguem por valores correspondentes ao seu risco. Assim, evita-se que aqueles que se expõem a menor risco paguem por aqueles que têm um risco mais elevado.

É somente a partir do conhecimento do risco, mediante a informação adequada, se alcança a individualização, a especificação e a avaliação correta do perfil para garantir as coberturas que se pretende. Assim, é possível perceber a intrínseca relação entre o tratamento de dados pessoais e atividade securitária.

Cabe ainda acrescentar outro aspecto que merece atenção. Este aspecto diz respeito a necessidade de distinção de perfis pelo setor segurador. Considerando a necessidade de proporcionar a justiça tarifária aos segurados, a seguradora cobra o prêmio de acordo com o

risco para o qual oferece cobertura. Para tanto, há uma distinção dos riscos a qual o segurado está inserido face a proteção da mutualidade. Contudo, essa distinção não se constitui em tratamento discriminatório, prática vedada pela LGPD e que já era vedada Constituição Federal. Logo, a distinção no setor segurador se limita a proporcionar a justiça tarifária aos segurados, para delimitar adequadamente o risco e garantir a proteção da mutualidade.

É importante registrar também que no setor segurador há uma necessidade de distintos compartilhamentos de dados para operacionalizar a sua atividade, tendo em vista que existe uma multiplicidade de atores envolvidos na operação, tais como reguladores, registradoras, resseguradores, corretores, gerenciadores de riscos, médicos, clínicas, hospitalais, laboratórios, prestadores de serviços em geral.

Além disso, para o setor de seguros é fundamental que ocorra o compartilhamento de dados para a prevenção e combate à fraude. Esse compartilhamento irá permitir que as seguradoras conheçam ou pelo menos consigam ter elementos para chegar à conclusão de que há uma fraude e, assim, proteger mutualidade, quando for possível evitar a fraude. Como forma de dimensionar a importância do compartilhamento de dados para evitar a ocorrência de fraudes, no primeiro semestre de 2020, o valor das fraudes que puderam ser comprovadas foi na ordem de 329 milhões - apenas no primeiro semestre.

De mais a mais, para concluir todo esse arcabouço de princípios e de questões que permeiam a atividade seguradora, existe ainda a agenda regulatória. A Susep - órgão regulador do setor - tem uma intensa agenda regulatória, que trata de matérias que são muito sensíveis a LGPD. Gostaria de citar como exemplos o Sistema de Registro das Operações de Seguros, Previdência Complementar Aberta e Capitalização – SRO e o Sistema de Seguros abertos - *Open Insurance*.

Diante do exposto, é fundamental que haja uma harmonização dos reguladores – Susep e ANS com a ANPD, pois só a partir daí é que terá um ambiente regulatório seguro para as questões que permeiam a LGPD, com a segurança jurídica necessária, em observância as especificidades do setor, o que, inclusive, refletirá no tratamento de futuras demandas do judiciário.

## 2. Exposição do Ministro do STJ - Ricardo Villas Bôas Cueva

Após as considerações iniciais da Superintendente Jurídica da CNseg, o painel seguiu com a brilhante exposição do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

De início, o Ministro esclareceu que a proteção de dados é um assunto, no qual o Poder Judiciário dedica atenção há alguns anos. Tal atenção não foi limitada a adaptação das suas próprias atividades aos preceitos da LGPD, mas antes mesmo do advento da lei, o Poder Judiciário já elucidava questões relacionadas aos dados pessoais, a partir de preceitos jurídicos esparsos.

Desses preceitos, o mais conhecido é o artigo 43<sup>2</sup> do CDC, que trata dos cadastros negativos, que foram objeto de apreciação pelo STJ desde os anos 90. Desde dessa época, o Tribunal já observava a existência de um novo conceito de privacidade, inclusive, em razão da experiência europeia, que avançava na noção de um direito à autodeterminação informativa e como tal direito poderia ter reflexos significativos no Brasil. Neste sentido, há votos muito importantes como os do Ministro Ruy Rosado e do Ministro Luis Felipe Salomão que alertavam para esse aspecto.

---

<sup>2</sup> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

O Ministro lembrou que houve um julgado importante, antes mesmo do advento da LGPD, no âmbito da Segunda Seção do STJ<sup>3</sup>, encarregada do direito privado, que teve a primeira Audiência Pública no STJ para apreciar a questão do *credit scoring* - avaliação do risco de crédito e os seus efeitos e impactos na proteção de dados pessoais do consumidor.

Sobre a LGPD, foi esclarecido que ocorreu um longo período de maturação, com debates e audiências públicas, até a sua aprovação. Além disso, a LGPD contou com um longo período de *vacatio*, que beneficiou a toda sociedade, cujo término integral ocorreu somente em setembro deste ano, quando a lei passou a ter eficácia plena e as sanções pelos seus descumprimentos passaram a ser aplicáveis pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD.

Diante deste cenário, destacam-se os aspectos positivos: O Brasil tem uma legislação moderna compatível com a legislação europeia, o que implica não apenas um avanço civilizatório, mas também uma compaginação com o que há de mais moderno em proteção de dados. Nossa legislação está no mesmo patamar das economias digitais que se tem desenvolvido no mundo.

É comum dizer que os dados são o novo petróleo e, portanto, é preciso ter um método para tratar, proteger e permitir o intercâmbio e a utilização desses dados no escopo de produção de novas ferramentas de inteligência artificial, *big data*, *machine learning*, e, assim, efetivar aumento da produtividade e benefício social gerado por tais tecnologias.

Além disso, cumpre mencionar que tivemos um momento muito oportuno no Brasil, que gerou a mudança de perspectiva do Poder Judiciário sobre o que é proteção de dados pessoais. Isto porque havia um entendimento manifestado há décadas pelo Supremo Tribunal de Justiça – STF, no sentido de que a proteção de dados não era direito fundamental.

Segundo o STF, a proteção de dados era limitada ao previsto no inciso XII<sup>4</sup>, do artigo 5º da Constituição Federal, que faz referência ao sigilo de dados. Em que pese o inciso X<sup>5</sup> constante do mesmo artigo garantir a proteção da vida privada, da intimidade, a jurisprudência

---

<sup>3</sup> REsp 1.419.697-RS

do STF se manifestava no sentido de que a referência ao sigilo dos dados alcançava somente a transmissão de dados e não ao seu armazenamento.

Tal posicionamento tinha uma ampla repercussão, uma vez que era um óbice ao reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no país, semelhante ao que já vinha sendo reconhecido no âmbito internacional. Assim, nossa legislação se caracterizava como meramente instrumental, sem um direito que lhe desse lastro, como por exemplo, um direito constante da Constituição.

No entanto, atualmente, a jurisprudência do STF mudou radicalmente, a partir do julgamento das 05 (cinco) ADIs<sup>6</sup>, julgadas em maio do ano passado, sob relatoria da ministra Rosa Webber, que declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954, que obrigava as companhias de telefonia a transferir todos os seus dados indistintamente para o IBGE. Nesta ocasião, o Supremo afirmou que todos os dados são relevantes, dentro do contexto dessa nova econômica digital e deixou claro a existência de um direito fundamental a proteção de dados.

Ainda sobre a existência de um direito fundamental a proteção de dados, recentemente foi aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados e retornou ao Senado Federal para um novo exame<sup>7</sup>, a PEC nº 17/2019, que torna a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, um direito fundamental previsto na Constituição. Com efeito, é possível prever que, em breve, haverá positivado na Constituição Federal este direito fundamental, o que garantirá que a proteção de dados não tenha um caráter meramente instrumental, mas sim um *status* de fundamento constitucional.

---

<sup>4</sup> Art. 5º XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

<sup>5</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>6</sup> ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393.

<sup>7</sup> A referida PEC já foi aprovado na Senado Federal e aguarda promulgação.

Não se furta a esta exposição, reconhecer que a LGPD traz grandes desafios, visto que é um novo regime e exige uma nova compreensão do modo como as atividades são realizadas hoje, como são baseadas as relações jurídicas, como os dados são armazenados, como são tratados e quais são as hipóteses de tratamentos.

Isso traz desafios também para o Poder Judiciário, pois não há modelos prontos para como o Judiciário deve se adaptar à essa nova realidade. No entanto, já há inúmeros esforços e grupos de trabalho, que se dedicam a implementar a LGPD no Poder Judiciário.

Também se reconhece que alguns setores são particularmente vulneráveis a essa amplíssima incidência da LGPD, visto que é uma lei transversal e se aplica a todos os setores.

O setor de seguros, de previdência complementar, capitalização e saúde suplementar, são obviamente setores que trabalham com os dados como insumo e que, portanto, merece um cuidado especial quanto à disciplina da proteção de dados.

Como os dados são insumo básico para aferição e classificação do risco e a discriminação sendo inerente atividades de securitária, é preciso que o segurador, que é também o controlador dos dados, possa fazer uma análise adequada do risco para especificá-lo, de forma permitir que a sua atividade seja sustentável e concorrencialmente relevante. Assim, reconhece-se que o setor de seguros necessita discriminar e classificar o risco.

Para tanto, geralmente, o segurador se vale de uma discriminação estatística, o que gera aflições quanto ao enquadramento de grupos de risco e podem levar a suscitar dúvidas quanto ao princípio da igualdade. O Ministro ponderou em que medida a igualdade do ponto de vista do indivíduo estava sendo tutelado, se o indivíduo com características únicas e pessoais, mas que dentro de um grupo etário, um grupo de risco diversos, é enquadrado em outra categoria, sujeito à um preço diferente.

Tal diferenciação é parte da atividade securitária, mas é claro pode ensejar alguma indagação sobre como lidar com essa classificação de risco para impedir que houvesse uma discriminação injusta. A questão é saber em que medida a discriminação efetuada é justa ou injusta sob a perspectiva dos valores tutelados na Constituição Federal e demais legislações.

Pode-se dizer que a doutrina indica que há duas categorias de discriminação: **(i)** aquela que se reconduz a características imutáveis ou alheias ao controle do indivíduo, por exemplo, raça, idade, deficiência, origem e dado genético e **(ii)** aquela que deriva de escolhas existenciais, por exemplo, relevância, orientação sexual. Tais aspectos são objetos de debates.

Com a nova tecnologia, cada vez mais incorporadas ao nosso dia a dia, há ainda um outro fator, conhecido como discriminação algorítmica, que pode gerar, como tem gerado em outras searas, não apenas dos seguros, a questão de um racismo algorítmico.

É possível verificar que, em alguns casos, os algoritmos que são treinados a partir do reconhecimento facial, por exemplo, com uma amostra de dados que não reflete todo o espectro de características biofísicas das pessoas e conduz há um tipo de viés cognitivo que é inaceitável. Daí porque os algoritmos, que são crescentemente usados também na atividade securitária, devem ser concebidos desde o início com uma abertura à auditoria, a prestação de contas e a transparência. Estas aberturas já são evidenciadas em alguns códigos ética de desenvolvimento da inteligência artificial.

Por outro lado, a solução para evitar uma discriminação injusta não é propor um prêmio uniforme para todas as categorias de risco, uma vez que contraria a própria lógica da formação do preço do seguro. E, também por incorrer em alguns problemas fundamentais, como de seleção adversa e de risco moral. Se adotássemos uma regulação tão restrita com a limitação do valor do prêmio a um valor uniforme, portanto, este valor seria uniformemente mais alto. Tal regulação acabaria por atrair pessoas com um risco maior e, também acabaria por dificultar a própria sustentabilidade da atividade econômica dos seguros.

O prêmio uniforme não é uma solução aceitável, pois a regulação do setor de seguros já se atém com muita intensidade, tentando preservar ao máximo a autonomia privada dos seguradores, que tem sempre o direito de recusar o contrato de seguro. Tal direito continua a existir mesmo a partir da vigência da LGPD.

A questão é saber como compatibilizar essa regulação tão intensa da atividade securitária com a nova incidência da LGPD. Há um desafio de como permitir que a discriminação que é ínsita aos seguros continue sendo feita de maneira racional e adequada a todos aqueles

princípios elencados na LGPD, em especial com o princípio da necessidade, da finalidade e da adequação. Como permitir que essa discriminação continue sendo feita atendendo às normas regulatórias desse setor tão intensamente regulado e atendendo aos preceitos da LGPD? Como resposta, a própria lei federal traz um novo conceito de incidência normativa, semelhante ao previsto no modelo inspirador - Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa.

Tal modelo se funda na tutela dos direitos individuais, então, os direitos dos titulares dados são obviamente essenciais para que o sistema tenha força e eficácia e, portanto, haja uma proteção de dados efetiva. Mas associado um modelo de incidência normativo baseado na gestão de riscos. Isso se evidencia com muita intensidade no artigo 50 da LGPD<sup>8</sup> e no artigo 40<sup>9</sup> do RGPD.

Neste sentido, é possível perceber que só teremos uma plena eficácia de um sistema de proteção de dados, se nós fincarmos no sistema de autorregulação regulada ou de programas de conformidade, de *compliance*, programas de proteção da privacidade, ou seja, programas desenhados pelas próprias entidades, que se comprometem a se disciplinar, para impedir a violação dos precedentes da LGPD. Obviamente, estão sujeitos às sanções cabíveis, caso desrespeitem esses programas de autorregulação regulada ou de corregulação.

O modelo europeu é mais detalhado do que o nosso modelo, pois, em certa medida, traz procedimentos de como esses programas de conformidade devem funcionar. Por exemplo, o artigo 40 do

---

<sup>8</sup> Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

<sup>9</sup> 1. Os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas.

Regulamento Geral de Proteção de Dados, trata com bastante detalhe a maneira como programas de conformidade setoriais são aprovados em vários graus, como eles se tornam vinculantes e como e se tornam um norte, uma fonte normativa.

Tais procedimentos são importantes para alguns setores como o setor de seguros, previdência complementar, e até mesmo em outros setores, uma vez que a lei é transversal. Assim, é fundamental que os setores se reúnam, pois são eles que conhecem sua atividade melhor do que o próprio regulador setorial de proteção de dados e formem um código de conduta, aprovado em vários estágios para, então, ter uma eficácia vinculante.

Na Alemanha, por exemplo, já existe um código de conduta do setor de seguros, que foi aprovado pela Autoridade de Proteção de Dados alemã e que passa a ser fonte secundária de normatividade. Isto é muito importante, para garantir a segurança jurídica e na prática que a proteção de dados e os direitos dos titulares sejam efetivamente protegidos nessa atividade.

Obviamente, esses códigos terão que ser atualizados diante dos desafios crescentes da tecnologia. Na questão do seguro, por exemplo, não se pode esquecer que nós já não vivemos mais naquele tempo em que a preocupação com a discriminação injusta ocorria somente no momento do preenchimento do questionário de risco. Hoje, há uma série de recursos, com o uso de big data, câmeras de reconhecimento facial, smartwatch, que com consentimento do titular de dados, podem ser usados para especificar de modo diferente, por exemplo, um seguro de saúde ou algum seguro que tem alguma correlação com aqueles dados que estão sendo mensurados.

É preciso óbvio um imenso cuidado para que esses dados não causem um prejuízo ao titular dos dados e que o consentimento o que exigível nesse caso para coleta desses dados, não seja usado em violação do princípio da finalidade, e, para que não haja correlações espúrias de dados esparsos, coligidos a partir de tantas fontes de dados que são hoje disponíveis.

Vale acrescentar que há vários relatos, até anedóticos, sobre a maneira como os mais diversos setores empresariais coletam dados a partir das redes sociais e fazem a partir daí inúmeras inferências. Fato é que é possível a partir da observação de redes sociais inferir que o candidato a determinado seguro tem um determinado estilo

de vida, certas práticas, qual crença professa, se pratica atividade de risco ou não.

O uso de tais informações deve ser objeto de debate, para o aprofundamento de como lidar com esse enorme manancial de dados disponíveis atualmente e proceder a essa atividade securitária a avaliação, a aferição de classificação de avaliação de risco, para a precificação do risco, sem que isso incorra uma discriminação injusta. Ressalta-se que a discriminação haverá, mas o principal é como fazer essa discriminação dentro parâmetros aceitáveis, diante de uma racionalidade que possa ser controlada e auditada.

Segundo o Ministro, uma sugestão é se inspirar no modelo europeu com a criação de programas de *compliance* setoriais. Ainda, vale citar, que no caso dos seguros, por exemplo, a CNseg já tem um excelente guia de boas práticas, que é o resultado de um trabalho longo, profundo, detalhado, mas que ainda não conta com as mesmas características que tem esses programas europeus, como o Código de Conduta Alemão, por exemplo.

Por fim, registra o Ministro que seria interessante que a ANPD e a Susep cooperassem de maneira mais próxima, para que esses programas se tornem uma realidade. Esses programas deverão ter caráter vinculante, com sanções aplicáveis, em direção a uma autorregulação regulada, de modo que, o papel do Poder Judiciário, para controle da legalidade seja reduzido a um papel secundário e, com isso, se evite uma judicialização de questões ligadas à LGPD, preservando a decisão dos reguladores setoriais e da ANPD.

### **3. Exposição do Diretor da Susep - Vinicius Brandi**

A proteção de dados é um tema extremamente relevante para o país e em consonância com o exposto anteriormente, para a construção do processo civilizatório.

O assunto tem pautado a atuação da Susep, não só como órgão responsável pelo seu próprio tratamento de dados, o que traz implicações para a Autarquia, como também na sua função de órgão de regulador e de fiscalizador do mercado de seguros, de previdência complementar, resseguro e de capitalização. Logo, há duas frentes na atuação da Susep.

Aliás, a proteção de dados é uma questão muito importante para o mercado financeiro como um todo. E como dito anteriormente a

informação é a matéria-prima do mercado financeiro. Então, todos os bens e serviços que são comercializados e disponibilizados no mercado financeiro são estruturados e especificados em função das informações que são coletadas pelas instituições financeiras, sejam informações macroeconômicas ou informações setoriais.

Atualmente, há uma agenda climática ambiental, social, na qual há informações das mais variadas, é possível as informações empresariais, informações de negócio e, também os dados pessoais. Estes dados são extremamente relevantes para o mercado financeiro como um todo, inclusive no mercado de seguros, para que ele possa lidar com as incertezas.

Então, os produtos em geral do mercado de seguros, são produtos baseados no mutualismo, que visam o compartilhamento de risco para garantir a proteção quando este ocorrer.

Neste aspecto, para lidar com essas incertezas, é preciso é transformar a incerteza em risco, transformar algo abstrato em algo que seja um pouco mais objetivo e tangível. Para tanto, é preciso olhar esses dados, tentar identificar os riscos, mensurar, especificar e gerenciar esses riscos.

Uma abordagem importante é que, quando existe um cenário de incerteza sobre o futuro, como toda a teoria de finanças é baseada no processo de tomar decisões em ambientes de incerteza, para sair do mundo da incerteza, se faz necessário uma base de dados ampla, robusta, completa e confiável.

Na teoria se traduz em mercados completos, aquele que se tem acesso a todas as informações e a todos os tipos de produtos e serviços. No entanto, há os problemas de risco moral e seleção adversa. Então, a teoria que trata, tanto da economia bancária, como da economia securitária, vislumbra essa questão da assimetria informacional, como uma falha relevante para esse mercado.

Logo, para que essas relações contratuais entre seguradoras, financeiras e os consumidores, que buscam a proteção ao crédito, seja mediante um produto financeiro ou um produto de seguro, de previdência, sejam eficientes para a economia como um todo, é necessário que os preços sejam definidos de maneira justa e compatível com os riscos daquele contratante. Desta forma, para haver um mercado com maior cobertura, mais eficiência e acesso

a todas as pessoas é preciso enfrentar essa questão da assimetria informacional.

Com efeito, a regulamentação que surge hoje se origina na necessidade de eliminar ineficiências e falhas de mercado, para permitir que os contratos possam ser celebrados da forma mais eficiente, e trazendo um ganho para a sociedade como um todo.

E o setor financeiro, considerando que trata da poupança popular, tem efeitos sobre a economia real como um todo é um setor que já tem uma carga regulatória relativamente alta quando comparado com outros mercados em relação à área de prudencial e de solvência, de gestão de risco e de governança. Logo, já parte de um estágio de regulamentação mais robusto, já que possui uma infraestrutura com uma série de procedimentos e requisitos.

Assim, já existe uma própria infraestrutura corporativa para tratar a questão dos dados, com o controle de dados. É um setor que acredito que terá mais facilidade para se conformar com a LGPD, em que pese, se necessário novas ações com a lei.

Foi citada Circular Susep nº 638/2021 - Segurança Cibernética. É uma norma que dispõe sobre os requisitos de segurança cibernética, que clarifica que a alta administração da empresa, os órgãos de investigação devem ter um compromisso com a segurança cibernética, com a melhoria contínua dos procedimentos de controles e a necessidade de se definir parâmetros específicos para classificação de dados e requisitos para implementação de procedimentos e controles de segurança cibernética, além de outros aspectos relacionados à prevenção ao tratamento de incidentes e requisitos mínimos para fins de terceirização de serviços de computação em nuvem. A referida norma vai ao encontro dos objetivos da própria LGPD

Vale mencionar ainda todo o arcabouço que existe hoje relacionado à norma de prevenção à lavagem de dinheiro, que é muito calcada no conhecimento do cliente na base cadastral. É uma norma robusta e antiga, que já traz uma bagagem bastante importante para subsidiar o uso dos dados pessoais.

Enfim, há diversos desafios pela frente, uma vez que a digitalização do processo é contínua e permanente. No mercado de seguros, existe um processo de inovação, que tem sido alavancado pela desregulamentação que tem ocorrido no setor, especialmente no que

tange aos produtos e a redução de barreiras de entrada. Foi dado início ao projeto de sandbox regulatório, em que se estimula a incorporação de novas tecnologias no setor.

Diante deste cenário, a Susep tem dedicado bastante atenção para acompanhar as tendências de mercado e atenta aos desafios que se apresentam, para sempre garantir a estabilidade do sistema, a proteção aos consumidores e o desenvolvimento do mercado.

Em relação à interlocução com a ANPD, este é um interesse da Autarquia, que está sendo pavimentado aos poucos, que ocorrerá naturalmente com o amadurecimento institucional sobre o tema.

Por fim, sobre o *Open Insurance*, que é justamente um processo de abertura do mercado de seguro, visa colocar o consumidor no foco das relações no mercado de seguro. Considerando que tal processo se relaciona com a questão de compartilhamento de dados, é um arcabouço que surge justamente com o objetivo de viabilizar os direitos dos titulares presentes na LGPD - o direito de compartilhar seus dados.

#### **4. Exposição da Diretora da ANPD - Miriam Wimmer**

Inicialmente, foi destacado pela Diretora da ANPD, que a Autoridade ainda não se debruçou de maneira aprofundada sobre o setor de seguros, pois, como é sabido, a sua agenda regulatória optou por privilegiar os temas que tem uma amplitude maior, com os conceitos mais básicos, como esclarecer quem é controlador, quem é o operador, o que faz um encarregado.

Isto porque a ANPD está em uma fase ainda muito inicial de implementação, compreensão e amadurecimento com relação à LGPD. Mas, sem dúvida, essa interação setorial detém grande importância.

A partir da pavimentação da ANPD de conceitos bases, surge um espaço muito relevante para que os setores aprofundem a sua reflexão da LGPD em conjunto com a sua expertise e especificidades dos seus nichos de atuação. Neste sentido, poderá resultar tanto em códigos de conduta como mencionado anteriormente, como também em insumos para eventual atividade regulatória posterior por parte da própria ANPD.

Assim, é positivo a criação de códigos de condutas de regras de boas práticas, inclusive, é vale reconhecer que o setor de seguros já fez um primeiro esforço nesse sentido que poderá posteriormente ser trabalhado e mais amadurecido.

O setor de seguros é talvez um dos campos mais complexos de aplicação da LGPD porque como bem mencionado anteriormente é um setor que está baseado essencialmente nas incertezas e, consequentemente, na avaliação de riscos para fins de precificação. Daí é possível perceber um setor muito intensivo em tecnologias que permitem fazer inferências sobre pessoas e a formação de perfis.

É um setor no qual existe uma significativa assimetria de informações e no qual ocorre também um intenso compartilhamento de dados pessoais. Como um exercício de reflexão, talvez o tema de seleção de riscos no campo de seguros pudesse até ser enquadrado dentro de um debate mais amplo que há hoje sobre a personalização que envolve preço e conteúdo personalizados.

Todos esses diferentes ambientes que são impactados por algoritmos que avaliam características individuais com o objetivo de ofertar soluções personalizadas. No campo dos seguros, naturalmente, é um tema que deve ser avaliado não apenas os associados à personalidade e a dignidade da pessoa humana, da igualdade e isonomia, mas também compaginando como aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência que são princípios que, aliás, são também invocados pela LGPD.

Esse é um tema tratado pela LGPD de maneira muito cuidadosa, mas ao mesmo tempo, de certa maneira, superficial. Certamente, merece ainda uma discussão mais aprofundada.

A LGPD não veda a formação de perfis, mas ela indica uma série de mecanismos, que visam a trazer elementos de proteção ao titular. Então, por exemplo, existe a possibilidade de solicitar a revisão de decisões automatizadas, um direito à explicação a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para essas decisões automatizadas, observados sempre o segredo comercial e industrial.

Além disso, é muito interessante a menção ao setor de saúde, porque, de fato, é no campo desses seguros que tratam, muito frequentemente, dados pessoais sensíveis - dados ligados a saúde ou a outros aspectos sensíveis da personalidade. Nesses casos, a LGPD

elevou o nível, uma vez que não é possível se utilizar de bases legais como legítimo interesse ou execução de contrato. Por outro lado, o artigo 11 que trata dos dados pessoais sensíveis é um artigo que está aí repleta de incertezas, com diversas disputas interpretativas sobre a prevalência ou não do consentimento como base legal preferencial.

Cumpre lembrar o consentimento é a base legal que traz uma série de desafios práticos. Em primeiro lugar, pois é um consentimento que tem que ser livre, inequívoco, específico, em destaque, e pode ser revogado, a qualquer tempo pelo titular.

Com efeito, a LGPD foi muito cuidadosa para estabelecer uma série de restrições e especificações, ao determinar, por exemplo, que é vedado as operadoras de planos privados de assistência à saúde, o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e na exclusão de beneficiárias.

Diante dessas especificidades, é interessante para o setor observar os princípios previstos na LGPD, como o princípio da finalidade, por exemplo, que menciona que o tratamento de dados deve observar o requisito da compatibilidade e informadas ao titular, observado sempre o contexto daquele tratamento e o princípio da necessidade, no qual, o tratamento de dados deve se limitar ao necessário para atingir aquela finalidade, dentre outros.

Destaca-se ainda o princípio da não discriminação, que conforme já foi mencionado pelos demais painelistas, a discriminação estatística é uma parte essencial do setor de seguros. É de conhecimento geral, por exemplo, que homens jovens pagam mais caro no seguro de automóvel porque, estatisticamente, se envolvem em mais acidentes. No entanto, existe uma certa escassez de debate jurídico sobre o princípio da não discriminação na LGPD.

Em relação à discriminação justa ou injusta, no caso da LGPD, a lei nos traz alguns parâmetros adicionais para entender o que seria uma discriminação injusta na medida em que prevê a vedação do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. São duas expressões muito importantes, mas identificar uma em discriminação ilícita é simples uma vez que se traduz em uma discriminação à qual existe uma vedação legal expressa.

Por outro lado, o que seria uma discriminação abusiva? Qual seria esse o elemento de abusividade na discriminação? É importante reconhecer que a discriminação estatística está presente não apenas no setor de seguros, mas em números modelos de negócio, inclusive no próprio governo, quando a gente formula políticas públicas baseadas em evidências estatísticas. Deste modo, existe um grande debate a ser aberto sobre a discriminação algorítmica e os vieses da discriminação em sistemas de inteligência artificial.

Tal debate está em âmbito internacional, no qual se reconhece a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre esses dispositivos que são aplicados ao setor de seguros, e, assim, deve levar em consideração a realidade desse setor e a importância social dessa atividade, que lida com incertezas, compensações e riscos da vida cotidiana.

Destaca-se ainda, o momento singular que é a entrada em vigor de uma nova legislação, que é complexa, transversal e que gera impactos sobre inúmeros setores da economia e que traz uma oportunidade de construir interpretações, de entender os limites e as possibilidades trazidas pela LGPD.

Em especial, no caso de setores específicos, harmonizando a lei mediante o reconhecimento de que existem normas setoriais que incidem sobre essas atividades. Há um desafio e uma oportunidade de fortalecimento dos diálogos interinstitucionais. A ANPD já realizou acordos com o CADÉ, SENACON, por exemplo, e está em desenvolvimento outros acordos, sendo um próximo passo natural um engajamento da ANPD com reguladores setoriais. No caso do setor de seguros, esta exposição em conjunto com a Susep é um primeiro passo.

Ressalta-se que a LGPD preconiza a existência de processos participativos de debates, uma vez que impõe a análise de impacto regulatório. Assim, a ANPD vem explorando mecanismos, como a tomada de subsídios, reuniões com especialistas transmitidas no YouTube, além de audiências públicas e consultas pública.

Como conclusão, salienta-se que, nesse processo de amadurecimento, é essencial um diálogo institucional respeitoso e construtivo entre esses diferentes atores públicos e privados para que, de fato, se alcance às melhores interpretações, com as melhores soluções tendo em vista sempre a proteção de direitos do titular de dados.

## 5. Considerações Finais

Dentre as exposições apresentadas, é possível perceber a importância da interlocução entre a Susep, ANS e a ANPD, para a harmonização entre os reguladores e, assim, possibilitar a segurança jurídica necessária no processo de implementação e interpretação da lei.

Além disso, a implementação de uma autoregulação regulada, semelhante aos códigos de conduta existentes na Europa, podem vir a ser uma solução para a observância das especificidades dos setores e o atendimento à LGPD. No caso do setor de seguros, já foi dado um primeiro passo, tendo em vista a publicação de um Guia de Boas Práticas do Mercado Segurador Brasileiro.

Em relação à saúde suplementar, cumpre mencionar, que a seleção de riscos, antes do advento da LGPD, lá era vedada em razão da Súmula da ANS no 27/2015, cuja redação é semelhante ao previsto no §5º do art. 11 da lei. Vale registrar que a seleção de risco é diferente de análise de risco, uma vez que a análise de risco é necessária para fins de especificação.. Na prática, o segurado preenche uma declaração de saúde. No entanto, não há uma seleção de risco no sentido de não aceitação do segurado/beneficiário.

Ainda sobre a saúde suplementar, vale destacar que nas operações de saúde suplementar os serviços são prestados sob a perspectiva da gestão de cuidado, seja no caso das operadoras que prestam serviços com rede própria ou conveniada, seja no caso das seguradoras em que o serviço é prestado a partir de rede credenciada ou por reembolso dos valores gastos pelos segurados com os serviços de saúde.

Acrescenta-se ainda que, nos casos de seguros de pessoas e de previdência complementar, também são tratados dados de saúde para viabilizar a operação, mas que não se encontram no escopo de vedação da lei, que se limita a vedar o uso de dados de saúde para fins de vantagem econômica, ou seja, para mercantilização de dados.

Por fim, foi reconhecido o trabalho da ANPD na implementação da LGPD, mediante diversos mecanismos de participação social.

# Rescindibilidade das decisões judiciais que versam sobre indenizações securitárias DPVAT

Pamela Sabrinne dos Santos Pereira<sup>1</sup>

**Resumo:** O Seguro DPVAT, instituído pela Lei n.º 6.194/74, desempenha importante função social e deve, por esta razão sofrer, por parte da seguradora que o opera, uma análise constante na regulação de seus sinistros. Justifica-se ainda o aprofundamento da análise, diante da possibilidade de, por vezes, o pagamento da indenização securitária DPVAT vir a ser realizado em duplicidade, eis que, quando judicializada a pretensão de indenização esta já tenha sido adimplida administrativamente, mas o pagamento tenha sido omitido. Vistas voltadas a essa possibilidade, busca-se com o presente artigo analisar o ajuizamento de ação rescisória face às decisões judiciais que versam sobre o seguro DPVAT, em razão de dolo processual.

**Abstract:** DPVAT Insurance, established by Law n.º 6.194 / 74, performs an important social function and must therefore undergo, on the part of security, a constant analysis in the regulation of its claims. The deepening of the analysis is also justified, given the possibility that, at times, the payment of the DPVAT insurance indemnity may be made in duplicate, as when the claim for indemnity was judicialized, it has already been fulfilled administratively, and the payment has been omitted. Thus, the aim of this article is to analyze the filing of a rescission action in the face of court decisions that deal with DPVAT insurance, due to procedural intent.

**Palavras-chaves:** Ação Rescisória, Seguro, Seguro DPVAT, dolo processual.

**Keywords:** Rescissory Actions – Insurance – DPVAT- procedural malice.

---

<sup>1</sup> Pamela Sabrinne dos Santos Pereira é advogada, sócia e gerente jurídica de Motta & Faria Advocacia

## **1. Introdução**

A ação rescisória é uma via autônoma de impugnação, que gera uma nova relação jurídica, em que se busca desconstituir decisão transitada em julgado.

No presente artigo nos aterremos à análise do cabimento da ação rescisória face às decisões judiciais de mérito proferidas em ação de cobrança securitária do DPVAT, com arrimo no dolo processual do sinistrado quando silente acerca do, já efetuado, pagamento administrativo.

O seguro DPVAT exerce importante papel social, pois indeniza as vítimas de acidente de trânsito, nos casos de incapacidade parcial e total permanente, ou seus familiares, nos casos de vítimas fatais. Vale ressaltar que a indenização devida é paga sem questionamento ou avaliação de culpa no acidente, mesmo quando o veículo automotor não tenha sido identificado ou, quando identificado, o proprietário esteja inadimplente no pagamento do seguro. O que é absolutamente imprescindível é a relação de causa e efeito entre as sequelas ou morte da vítima terem sido decorrentes de acidente de trânsito com veículo automotor.

Por essa razão, é de suma importância que as indenizações só sejam pagas a quem, de fato, tem direito.

Assim, com intuito de suscitar o debate sobre o tema, o presente artigo apresentará o estudo da normatividade, na legislação vigente, acerca da ação rescisória com fundamento no dolo processual, bem como alguns precedentes jurisprudenciais acerca do tema.

## **2. Ação rescisória: via autônoma de impugnação judicial**

A ação rescisória é um meio de impugnação às decisões judiciais, que não se confunde com os recursos, isto porque é uma via autônoma e tem sua admissibilidade vinculada ao trânsito em julgado da decisão a ser rescindida.

Note-se que, como via autônoma de impugnação às decisões judiciais, a ação rescisória forma uma nova relação processual, estando sujeita a todos os requisitos da petição inicial, ressalvadas todas as peculiaridades do seu cabimento, consoante ao art. 966 do CPC.

Nesse sentido, citamos RODRIGUES (2017, p.350):

*A ação rescisória é a principal das ações autônomas de impugnação, tendo previsão nos arts. 966 e seguintes do CPC. Pode ser conceituada como a ação que busca desconstituir decisão de mérito, decisão terminativa que impeça a repositura de demanda ou pronunciamento que inadmita recurso, qualquer deles transitado em julgado, por razões de invalidade ou injustiça.*

Cumpre fazer um adendo com um breve cotejo sobre as significativas mudanças no instituto da ação rescisória em o novo Código e Processo Civil.

A ação rescisória, anteriormente regulada pelo art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, tinha seu cabimento restrito face à “sentença de mérito, transitada em julgado”. O Código de Processo Civil de 2015 manteve o instituto, no seu art. 966, porém, com a hipótese de cabimento ampliado para alcançar, não só sentenças, mas, também, decisões de mérito. A mudança pode parecer sutil, mas a substituição do termo sentença para decisões veio apaziguar intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o cabimento da ação rescisória. A partir da nova redação passou a ser admitida a propositura de ação rescisória contra a sentença, o acórdão, a decisão interlocutória e a decisão monocrática de relator.

Outras questões também foram apaziguadas no Novo CPC, como, por exemplo, a admissão do ajuizamento da ação rescisória para decisões que não versem sobre o mérito, mas impedem a propositura de nova demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente, conforme art. 966, § 2º do CPC<sup>2</sup>.

Não obstante as mudanças legais expressas e expressivas, ainda resta muita controvérsia acerca do instituto. No âmbito do Seguro DPVAT, verificam-se ainda intensos debates jurisprudenciais, tendo, de um lado o posicionamento admitindo a medida, principalmente quando fundamentada no inciso III (tese do dolo da parte vencedora)

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, citamos DONIZETTI (2015, p. 731): *É preciso lembrar que, seguindo a orientação jurisprudencial, o NCPC admite a rescisória para desconstituir provimento que, embora não seja de mérito, impede a renovação da ação (§ 2º), como nas hipóteses de acolhimento de alegação de perempção, litispendência e coisa julgada (pressupostos negativos), existência de convenção de arbitragem ou reconhecimento, pelo juízo arbitral, da sua própria competência e apreciação de admissibilidade de recurso.*

art. 966, do CPC/2015, e de outro o posicionamento de que a medida não passaria de um sucedâneo recursal.

Vejam-se os incisos supramencionados do art. 966, do CPC/2015: *III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei (...).*

Permanece uma resistência muito grande, por parte dos Tribunais, quanto ao no recebimento das ações rescisória e, não raro, veem-se decisões julgando a medida improcedente em razão de a fundamentação ter caráter de revisão ou sucedâneo recursal.

A grande questão é como ter-se a ação recebida e o seu mérito analisado como instrumento de impugnação e desconstituição do trânsito em julgado de decisões, eis que é tênue a linha que separa a ação rescisória dos recursos. O presente artigo tratará, apenas, da medida utilizada perante as decisões judiciais que versam sobre indenização securitária, no caso do DPVAT, sem dedução do pagamento administrativo realizado ao segurado.

### **3. Dolo processual: omissão do requerente quanto ao pagamento administrativo**

O dolo processual está em total oposição aos princípios da boa-fé e da lealdade processual. Logo, toda vez que a parte, em violação aos princípios ora mencionados, incorrer numas das condutas descritas nos incisos do art. 80 do CPC/2015, visando a alteração do deslinde do processo, incorrerá em dolo processual. Vejam-se as condutas descritas no tipo:

*Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:*

*I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontrovertido;*

*II - alterar a verdade dos fatos;*

*III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*

*IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*

*V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*

*VI - provocar incidente manifestamente infundado;*

*VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*

Umas das hipóteses de cabimento da ação rescisória disposta no inciso III do artigo 966, do CPC/2015, é, justamente, o dolo da parte, dolo este que deve ter nexo causal com a decisão rescindenda, isto é, a decisão só tomou determinado norte em razão do vício suscitado na ação rescisória.

Nesse sentido, GONÇALVES (2021, p.930) afirma:

*Para que possa ensejar a rescisória, é preciso que isso tenha sido determinante para o resultado e que aquele que violou o dever de lealdade e boa-fé, ou fazendo uso de ardil para induzir a erro o adversário, ou fazendo uso da coação, tenha saído vitorioso.*

No que tange à ocorrência do dolo, CÂMARA (2019, p.618) afirma que deve ser processual e não substancial, ratificando o entendimento, já falado, de que a rescindibilidade, nesta hipótese, dar-se-á quando a conduta da parte vencedora foi determinante para o desfecho da decisão. Nas palavras do Autor:

*O dolo a que se refere este dispositivo legal é o dolo processual, o qual é conceito mais amplo do que o de dolo substancial, estabelecido pela lei civil.*

*Haverá dolo processual sempre que uma das partes, agindo sem observar o dever de lealdade e de boa-fé, tentar influir no convencimento do julgador para obter um resultado que lhe seja favorável. Trata-se de dolo que tem por destinatário o órgão julgador (e não a parte adversária, que restará vencida). Tem-se, aí, pois, uma causa de rescindibilidade que resulta diretamente do dever de atuar no processo com boa-fé.*

Nas indenizações securitárias do DPVAT não é incomum verificar-se a ocorrência dos mais variados tipos de dolos (fraudes). No entanto, serão aqui analisadas somente situações processuais específicas, conforme exemplificadas mais adiante.

Cabe ressaltar que o Seguro DPVAT foi instituído pela Lei n.º 6.194/1974 e tem por finalidade indenizar as vítimas que sofreram danos pessoais em decorrência de acidente de trânsito. As coberturas compreendem morte, invalidez permanente, total ou parcial e despesas de assistência médica e suplementares<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 3º da Lei n.º 6.194/74: *Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada.* Acesso em 06/10/2021: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6194.htm)

O requerimento das indenizações se dá pela via administrativa ou pela via judicial. Ocorre que, determinadas vezes, os beneficiários fazem os requerimentos administrativos e recebem uma quantia, correspondente às sequelas ou morte da vítima. Entretanto, inconformados, ingressam com ação judicial requerendo a diferença ou, ainda, a integralidade do valor máximo previsto em lei, omitindo o pagamento já realizado.

Note-se que a omissão do pagamento administrativo é uma violação dos deveres processuais de lealdade, sendo certo que quem pleiteia em juízo deve atuar com arrimo na verdade. Nessa toada, a lei adjetiva civil preconiza, em seu art. 77, que é *dever das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: expor os fatos em juízo conforme a verdade.*

Além disso, tem-se que o pagamento das indenizações administrativas, como medida preventiva à fraude, é, sempre, feito mediante crédito na conta do próprio beneficiário<sup>4</sup> sendo, portanto, injustificado requerer a integralidade do benefício quando já se foi indenizado numa parte.

Assim sendo, tais requerentes sequer podem alegar o desconhecimento da indenização recebida, uma vez que o pagamento tenha sido realizado em suas próprias contas.

Não se pode olvidar que nos casos concretos os atos intencionais podem ser comprovados com mais facilidade a partir da postura adotada pelo litigante no decorrer do processo e, até mesmo, pela persistência na negativa do pagamento administrativo, como nos casos dos precedentes que serão apresentados no próximo tópico.

#### **4. Precedentes**

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, nos autos da ação rescisória nº 1016571-85.2019.8.11.0000, desconstituiu o julgado, por entender que o sinistrado agira de má-fé no bojo da ação principal.

Na ação em comento, a Relatora Des.<sup>a</sup> Clarice Claudino da Silva destacou que a parte faltou com o dever processual de lealdade, sendo

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<https://www.seguradoralider.com.br/PortalDaIntegridade/Documents/Livro-Seguro-DPVAT-Uma-Conquista-Um-Direito.pdf>>. Acesso em: outubro de 2021.

a ação rescisória cabível e carecedora de procedência para rescindir a decisão. Veja-se a ementa:

**AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – PEDIÐO RESCISÓRIO COM FUNDAMENTO EM DOLO DO VENCEDOR – DOLO EVIDENCIADO – PEDIÐO RESCISÓRIO JULGADO PROCEDENTE COM NOVO JULGAMENTO.**

*1 - Nos termos da jurisprudência do STJ, para o cabimento da Ação Rescisória insculpida no inciso III, primeira parte, do artigo 966, do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente na decisão judicial. No caso concreto, em 06/01/2016, o Requerido formulou o pedido de recebimento da indenização do DPVAT na via administrativa, o qual foi pago em 29/03/2016, por meio de transferência bancária para conta poupança indicada pelo próprio Autor da demanda originária. Todavia, dois meses depois de ter recebido a verba, em 09/05/2016, o Requerido ajuizou Ação de Cobrança de Seguro DPVAT.*

*2 - São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade, não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento (art. 77, I, II, CPC). Na hipótese, evidente o dolo processual de que trata o inciso III, do artigo 966, da Lei de Ritos, em especial porque desde o início da demanda originária a Seguradora alegou a tese de pagamento administrativo e, depois de sentenciado o feito reconhecendo a inexistência do direito pleiteado, o Autor daquela demanda ainda interpôs Recurso de Apelação, alegando que não havia recebido a indenização.*

*3 - Procedente o pedido rescindente, em novo julgamento, diante da prova do recebimento da indenização do seguro DPVAT na via Administrativa, nega-se provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Autor da demanda originária, mantendo vigida a sentença que rechaçou o pedido inicial, diante da prova do pagamento administrativo.*

*BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado). Ação Rescisória n.º 1016571-85.2019.8.11.0000. Relatora: Desembargadora Clarice Claudino da Sihva. DJ: 13/05/2020. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888883536/acao-rescisoria-ar-10165718520198110000-mt/inteiro-teor-888883541>>.*

(Grifo nosso)

A Relatora elucidou que após dois meses do recebimento administrativo o sinistrado ajuizou ação de cobrança, destacando que a falta de lealdade processual ficou evidenciada também no fato de ter ainda interposto recurso de apelação, alegando mais uma vez o não recebimento administrativo. Outro elemento importante para convicção do julgador foi a assinatura da autorização do pagamento administrativo na conta do sinistrado.

No Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso encontram-se outros precedentes favoráveis no reconhecimento do dolo processual, fato que acarretou a procedência da rescisória e desconstituição do julgado.

Na ação rescisória n.º 1005140-54.2019.8.11.0000, de relatoria do Desembargador Sebastião de Moraes Filho, foi destacado que a prática do dolo processual ocasionou também o enriquecimento ilícito, pois o autor da ação de cobrança pleiteava valores já recebidos na esfera administrativa. Citamos a ementa do julgado:

***COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – RESCISÓRIA FUNDADA EM DOCUMENTO NOVO E DOLO DA PARTE VENCEDORA – DOCUMENTO DISPONÍVEL QUANDO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ORIGINÁRIA – ALEGAÇÃO AFASTADA - DOLO CONFIGURADO - OMISSÃO DO BENEFICIÁRIO SOBRE O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA – JUÍZO RESCINDENTE PROCEDENTE – AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE.***

*I. Se os documentos apresentados como novos, já eram de conhecimento da parte autora, ao tempo da ação originária, não sendo produzida qualquer prova sobre a impossibilidade de sua obtenção e utilização no momento oportuno, não pode servir*

*de suporte, a falta de diligência ou a negligência da parte na sua produção, não havendo amparo à rescisão do julgado, com base no artigo 966, VII, do CPC.*

***II. Verifica-se o dolo rescisório praticado pelo réu a partir da constatação de que, na inicial da ação originária, omitiu o pedido e pagamento da indenização do seguro obrigatório na esfera administrativa, que demonstra a quitação da dívida pleiteada.***

*III. Pedido rescisório julgado procedente, com arrimo no art. 966, III, do CPC.*

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (1<sup>a</sup>Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado). Ação Rescisória n.º 1005140-54.2019.8.11.0000. Relator: Desembargador Sebastião de Moraes Filho. DJ: 13/05/2020. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888883536/acao-rescisoria-ar-10165718520198110000-mt/inteiro-teor-888883541>>.

(Grifo nosso)

O Relator destacou ainda que o sinistrado requeria a integralidade do seguro, omitindo o pagamento administrativo já feito, e nas contrarrazões dispunha que a seguradora havia precluído em seu direito de apresentar o comprovante de pagamento, conforme trecho do voto abaixo:

*Observa-se dos autos de origem, que o requerido não mencionou nas razões da exordial que já tivesse recebido o pagamento da indenização em sede administrativa, postulando tão somente pelo pagamento integral da indenização relativa ao seguro DPVAT (ID739760-p.24).*

*Desta forma, ausente qualquer questionamento do reclamado em relação ao recibo de pagamento, mencionando apenas que sua apresentação está preclusa quando do contraditório, incontrovertido o pagamento, considero em todos os seus termos a prova documental apresentada para anotar que, em relação ao sinistro, este já está quitado.*

Assim, havendo comprovante da quitação pretérita da obrigação pago administrativamente e aquele a que condenado a seguradora pelo mesmo acidente, deve ser julgado improcedente o pedido formulado na inicial dos autos n. 969-84.2015.811.0041 (Código nº 952074), pois presente o dolo rescisório.

Nessa esteira, a 3<sup>a</sup> Seção Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos autos da Ação Rescisória n.º 1405076-216.8.12.0000, também entendeu haver dolo da parte vencedora na ação de origem, consignando que o sinistrado tinha intenção de receber quantia indevida, pois esta já lhe havia sido paga na via administrativa.

***E M E N T A – AÇÃO RESCISÓRIA – COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – RESCISÓRIA FUNDADA EM DOCUMENTO NOVO E DOLO DA PARTE VENCEDORA – DOCUMENTO DISPONÍVEL QUANDO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ORIGINÁRIA – ALÉGAÇÃO AFASTADA - DOLO CONFIGURADO - OMISSÃO DO BENEFICIÁRIO SOBRE O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA – JUÍZO RESCINDENTE PROCEDENTE – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL RECONHECIDA EM SEDE DE JUÍZO RESCISÓRIO – AÇÃO DE COBRANÇA EXTINTA***

1. *Os documentos trazidos sob a roupagem de “documento novo” não podem ser assim considerados, haja vista que sempre estiveram à disposição da parte autora, ou pelo menos sempre houve possibilidade de pleiteá-los, contudo, não foi demonstrada qualquer tentativa de obtenção de tais documentos à época do processamento do feito originário.*
2. *Do conjunto probatório dos autos, constata-se que, de fato, a ação de cobrança de seguro DPVAT originária foi ajuizada com intenção de perceber quantia indevida, pois já havia sido recebida na via administrativa. Assim, resta configurado o dolo processual de que trata o inciso II do art. 966 do CPC/15, especialmente porque a tese de pagamento administrativo integrou a defesa da seguradora nos autos de origem, tendo a parte autora, ora requerida, permanecido silente até mesmo após tal provocação. Juízo rescindente procedente.*
3. *Sabendo-se que o interesse processual reside no binômio necessidade-adequação, tem-se que a falta de interesse processual da autora da demanda de origem restou evidenciada, especialmente em razão da autora, ora requerida, já ter obtido administrativamente o bem da vida postulado naquela inicial.*
4. *Ação de cobrança de seguro DPVAT julgada extinta, sem resolução de mérito, nos termos o art. 267, VI, do CPC/73, vigente à época da decisão rescindenda.*

*BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (3<sup>a</sup> Seção Cível). Ação Rescisória n.º 1405076-54.2016.8.12.0000. Relator: Em substituição José Eduardo Neder Meneghelli. DJ: 17/02/2020. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681926332/acao-rescisoria-ar-14050765420168120000-ms-1405076-5420168120000>>*

(Grifo nosso)

A partir da leitura dos julgados acima, resta claro que o dever processual das partes vai além da observância dos prazos processuais, formalidades das práticas dos autos e quaisquer outras peculiaridades procedimentais. O dever processual está também indissociavelmente relacionado com as boas práticas, a lealdade e o compromisso com a verdade dos fatos.

## 5. Conclusão

O Seguro DPVAT exerce função social de extrema relevância e, pelos princípios legais e da técnica do seguro que impõem a obrigação de bem gerir o fundo que lhe permite cumprir esse papel, não pode ser instado ao pagamento em duplicidade de indenizações, no âmbito administrativo e judicialmente, sob pena de enorme impacto na higidez financeira no fundo e uma decorrente não sobrevivência desse seguro.

Inicialmente, a partir da leitura da normativa processual que regulamenta a ação rescisória, verificamos as hipóteses de cabimento da medida, bem como alguns requisitos específicos de admissibilidade, tais como: trânsito em julgado, decisão de mérito e, até mesmo a vedação de renovação do pleito para decisões que não versam sobre o mérito.

A seguir, a análise recaiu sobre a hipótese específica de cabimento da ação rescisória, justificada pela existência do dolo processual, e como este é evidenciado nas ações securitárias de DPVAT. É sabido que o dolo processual não é elemento de fácil comprovação, isto porque trata-se de elemento subjetivo, um pensamento, uma intenção que passaria na mente do beneficiário. Porém, a partir da análise dos julgados, torna-se possível extrair meios pelos quais o mau desígnio pode ser evidenciado, tais como: a omissão do pagamento na origem e a negativa do recebimento de pagamento na via administrativa que é realizado em conta do próprio beneficiário.

Assim, tendo como pressuposto que a lealdade e a boa-fé são deveres processuais, inclusive positivados no art. 77, inciso II do CPC de 2015 e com amparo na previsão de cabimento da ação rescisória por dolo processual, a omissão do pagamento administrativo no bojo da ação de cobrança securitária DPVAT é causa para rescindibilidade de decisões que não o reconheçam.

## 6. Referência

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. Coord. Pedro Lenza. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos Recursos: Ação Rescisória e Reclamação*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm)>. Acesso em: outubro de 2021. BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Disponível em: Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6194.htm). Acesso em: outubro de 2021. BRASIL. Lei n.º 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: outubro de 2021. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

Disponível em: <<https://www.seguradoralider.com.br/PortalDaIntegridade/Documents/Livro-Seguro-DPVAT-Uma-Conquista-Um-Direito.pdf>>. Acesso em: outubro de 2021.





PARECER

# **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização**

**Ana Frazão<sup>1</sup>**

## **SUMÁRIO DO PARECER**

### **CAPÍTULO I - O estado atual da discussão no Superior Tribunal de Justiça**

1. Trata-se da discussão travada no Recurso Especial nº. 1.733.013/PR, oportunidade em que a Quarta Turma do eg. STJ adotou o entendimento da taxatividade do Rol da ANS. Contra a decisão, foram interpostos embargos de divergência baseados em três acórdãos da Terceira Turma do STJ em sentido do caráter exemplificativo do Rol da ANS.

2. O mencionado julgado da Quarta Turma levou em consideração, em suas razões de decidir, fundamentos econômicos, com repercussões macro, que não haviam sido abordados pelos julgados preexistentes, os quais se dedicaram à defesa do suposto direito do consumidor a partir de perspectiva valorativa excessivamente abstrata.

3. O diferencial do acórdão do REsp 1.733.013/PR foi, portanto, a introdução da perspectiva consequencialista, traduzida na sua preocupação de interpretar a legislação e os direitos dos segurados em conformidade com a realidade do contrato em referência e com os efeitos econômicos da ampliação judicial do Rol da ANS, nos termos do que exigem os arts. 20 e 30 da LINDB.

4. A adoção da perspectiva consequencialista no acórdão do Recurso Especial nº. 1.733.013/PR, longe de ter sido a única ou de ter sido desconectada das discussões valorativas pertinentes, foi introduzida de forma a viabilizar o necessário e frutífero diálogo entre direito e economia, possibilitando a avaliação do melhor cenário de

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB.

proteção do consumidor- segurado sob a ótica do mutualismo que é inerente aos planos de saúde

5. Não há propriamente divergência entre a Terceira e a Quarta Turma no que se refere à necessidade de se proteger o consumidor dos planos de saúde. Ambas adotam tal premissa como prioritária. A única diferença é que, sem analisar os impactos econômicos da sua orientação, a Terceira Turma, mesmo com o seu inegável e nobre propósito de assegurar o direito à saúde, acaba prejudicando-o, vista a questão sob o seu aspecto estrutural, que obviamente transcende o caso concreto.

6. O Rol taxativo da ANS não é um privilégio indevido atribuído pela regulação às operadoras, mas sim uma medida que beneficia diretamente o consumidor. É falso, portanto, o *tradeoff* entre os interesses das operadoras e os interesses dos consumidores nesse caso, uma vez que o Rol da ANS é instrumento que viabiliza o alinhamento dos interesses esses dois polos e, também, os interesses dos prestadores de serviços de saúde.

## **CAPÍTULO II - A necessária regulação do setor de saúde suplementar diante do interesse público a ele relacionado e das inúmeras falhas de mercado**

### **Relevância pública dos serviços de saúde suplementar e necessidade de se manter o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde**

7. Cabe ao Estado a produção de políticas públicas de saúde que permitam o acesso ao bem jurídico em questão, mediando tensões e alinhando os interesses entre os três polos envolvidos na contratação: (i) as operadoras de planos e seguros de saúde, (ii) os prestadores de serviços de saúde e (iii) os consumidores ou usuários.

8. A necessidade da regulação setorial decorre igualmente da insuficiência da regulação jurídica privada dos contratos - traduzida no Código Civil e mesmo em diplomas específicos, como o Código de Defesa do Consumidor - pois esta tem como foco o contrato isolado e a curto prazo e os contratos de planos de saúde são de longo prazo, cativos e incompletos, o que requer regulação setorial que lhes garanta alguma adaptabilidade e flexibilidade ao longo do tempo.

9. Ainda há outra importante característica dos contratos de planos de saúde, que é compartilhada com todos os contratos de seguro

- o mutualismo -, que reforça os impactos coletivos de cada um dos contratos individuais, já que o risco, o equilíbrio atuarial e as precificações individuais dependem da coletividade segurada. Daí se tratar de contratos conexos, que exigem a necessária conciliação entre os interesses de cada contratante com os interesses da coletividade.

10. Quanto maior e mais eficiente for o mercado de saúde suplementar, mais o SUS será desafogado e poderá se concentrar no atendimento da população com renda mais baixa, que fica fora do mercado dos planos de saúde. Portanto, o correto funcionamento do mercado de saúde suplementar tem impactos diretos igualmente na racionalização e otimização dos recursos do SUS.

### **As falhas de mercado que impõem a regulação setorial dos contratos de planos de saúde**

11. Se há uma hipótese que atrai relativo consenso em relação à necessidade de regulação setorial é quando se está diante de falhas de mercado. A peculiaridade do mercado de saúde suplementar é que ele congrega praticamente todas as falhas de mercado identificadas pela literatura e experiência econômicas.

#### ***Incerteza***

12. A primeira falha de mercado é a incerteza, considerando que as operadoras de planos de saúde não lidam propriamente com riscos, mas sim com grandes incertezas, as quais precisam ser minimamente controladas e convertidas em riscos calculáveis, sob pena de se inviabilizar a própria atividade econômica. Com efeito, faz parte do negócio que os usuários possam utilizar-se dos seus serviços mediante uma precificação prévia, mesmo não tendo a operadora como conhecer as condições de demanda futura. Assim, a operadora não tem garantias adequadas de que as contribuições dos consumidores serão suficientes para cobrir seus custos de funcionamento.

13. Daí por que foi fundamental para o desenvolvimento e expansão desse mercado que as incertezas que o caracterizam fossem transformadas em riscos minimamente calculáveis, o que somente foi possível por meio do mutualismo e das técnicas de probabilidade e equilíbrio atuarial que possibilitaram um mínimo de previsibilidade, controle e gerenciamento da atividade. Sob essa perspectiva, o objetivo do mutualismo é precisamente converter incertezas individuais em um risco coletivo minimamente controlável.

## *Conflitos de agência*

14. A segunda falha de mercado são os conflitos de agência: (i) a primeira relação de agência decorre do fato de que falta informação e capacidade técnica ao consumidor para que possa reconhecer sua necessidade, o que impede que controle a ação do médico quando esta for influenciada pelo interesse pessoal de que o paciente utilize mais dos seus serviços; (ii) a segunda relação de agência diz respeito à interação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços médicos, diante da assimetria de informação entre os dois polos, ambos movidos pela maximização de lucros e ambos atuando como agente e principal um em relação ao outro. Enquanto os prestadores de serviços de saúde, incluindo obviamente os médicos, têm incentivos para recomendar o máximo possível de procedimentos, as operadoras têm os incentivos opostos.

## *Assimetrias de informação*

15. A terceira falha de mercado são as assimetrias de informação, que consistem em uma das principais falhas de mercado – senão a principal – porque potencializa os conflitos de agência. No caso do setor de saúde suplementar, as assimetrias informacionais projetam-se sobre todos os polos da equação: (i) as operadoras de saúde não conhecem o verdadeiro e preciso risco de cada segurado e encontram muitas dificuldades para avaliar se os procedimentos demandados pelos pacientes e/ou prescritos pelos médicos são efetivamente necessários; (ii) os segurados não conhecem os riscos dos procedimentos e medidas indicados pelos médicos e prestadores dos serviços de saúde nem têm condições nem capacidade técnica de compreender todos os dispositivos do contrato de plano de saúde ou de estimar ou avaliar se os produtos disponíveis compreendem as suas necessidades atuais e futuras em termos de assistência à saúde; e (iii) os médicos e prestadores dos serviços de saúde não conhecem os impactos dos serviços por eles solicitados, muito menos para efeitos da sustentabilidade e equilíbrio financeiro-atuarial do plano de saúde.

16. É por meio do mutualismo que se pode fazer frente a muitas das incertezas deste mercado, partilhando o risco entre o grupo, de modo a torná-lo acessível, uma vez que suportado por todos. Entretanto, a precificação das relações securitárias continua a ser de extrema complexidade, pois parte da observação probabilística de um grande número de ocorrências. Acontece que, para que esses

critérios tradicionais da técnica securitária funcionem, tanto jurídica quanto matematicamente, é necessário que as situações de exposição a risco sejam minimamente homogêneas, tanto quantitativa quanto qualitativamente.

### ***Seleção adversa***

17. A quarta falha de mercado é a seleção adversa, pois o mercado de planos de saúde tende atraír, diante da assimetria informação, segurados com mais problemas de saúde – e consequentemente com maior probabilidade de usar os serviços respectivos – do que segurados com menores riscos. Todavia, se isso ocorrer e apenas as pessoas com maior risco adquirirem os serviços, haverá aumento do risco, do custo e do preço do plano, que cada vez mais se tornará mais atrativo apenas para usuários com maiores problemas de saúde, em um círculo que se retroalimenta.

18. A assimetria informacional – e a seleção adversa dela decorrente – é nefasta tanto para os segurados, que, a depender do perfil, podem ficar excluídos do mercado de planos de saúde, como para as próprias operadoras, que não terão como controlar o risco se não houver mecanismos para corrigir ou pelo menos atenuar as mencionadas falhas de mercado.

### ***Risco moral***

19. A quinta falha de mercado é o risco moral (*moral hazard*), que diz respeito ao fato de que, quando alguém não está exposto ao risco da tomada da decisão, tende a não decidir com a mesma racionalidade e padrão de cuidado de quem está, o que normalmente leva a resultados ineficientes.

20. No caso dos planos de saúde, médicos e prestadoras de serviços de saúde pouco ou nada têm a perder com suas decisões que aumentem a demanda pelos próprios serviços, pelo menos do ponto de vista financeiro. Os médicos estão sujeitos a toda sorte de incentivos para maximizar seus ganhos mediante a prescrição dos mais diversos procedimentos e exames, ainda que desnecessários e caros, na medida em que, regra geral, a remuneração dos serviços de saúde se dá de acordo com os procedimentos realizados. Da mesma maneira, os pacientes, que já pagam as mensalidades, pouco ou nada têm a perder com a excessiva utilização dos serviços de saúde. Aliás, o fato de já estarem pagando um valor fixo pode ser até um estímulo para o maior consumo do serviço.

21. Mais do que ausência de incentivos para agir adequadamente, o problema o risco moral diz respeito à probabilidade de comportamentos excessivamente oportunistas pois, como a utilização dos serviços de saúde pelo segurado se dá mediante custo marginal zero ou próximo de zero, não há incentivos para a racionalização da demanda, o que leva à utilização desnecessária dos serviços de saúde, alterando até mesmo a distribuição de probabilidades associadas à ocorrência dos eventos indenizáveis.

22. A consequência prática desse tipo de comportamento, evidenciado em diversos estudos empíricos recente, é o aumento do custo das operadoras, o que necessariamente precisa ser repassado para o preço dos planos, dificultando ou mesmo impedindo o acesso ao serviço por muitos que dele necessitam e, no caso brasileiro, ainda sobrecarregando o SUS.

### ***Necessária regulação setorial para contornar as falhas de mercado***

23. Tais circunstâncias mostram claramente a necessidade de regulação setorial para endereçar as falhas de mercado apontadas, especialmente quando a ANS pode cumprir o papel de terceira parte, a fim de assegurar um maior equilíbrio entre os preços e os custos, alinhando incentivos e interesses das partes e evitando condutas oportunistas que possam inviabilizar os planos de saúde e o próprio mercado. Nesse sentido, é fundamental que a ANS assegure ao menos que (i) a probabilidade da necessidade de um tratamento seja conhecida ou passível de ser estimada, (ii) inexista problema substantivo de seleção adversa e (iii) inexista problema substantivo de risco moral, a fim de evitar um sobreconsumo que inviabilize a própria atividade econômica.

### ***Os aportes da economia comportamental que igualmente impõem a regulação do mercado de planos de saúde***

24. Os consumidores de planos de saúde enfrentam inúmeras limitações para fazer boas escolhas. Mesmo que conheçam razoavelmente o seu estado atual de saúde, dificilmente têm ideia do que isso representa em termos de necessidades de tratamentos de saúde mesmo no presente. Com maior razão, terão inúmeras dificuldades de estimar e projetar cenários futuros sobre suas necessidades e demandas, ainda mais para efeitos de enfrentarem todos os desafios de celebrar um contrato cativo, incompleto e de longo prazo.

25. Vários estudos têm demonstrado que, para que o consumidor possa efetivamente fazer melhores escolhas no mercado de saúde suplementar, há necessidade de simplificação e redução de alternativas, devendo o Estado atuar para auxiliar o processo de escolha do consumidor.

26. Diante, portanto, de tantas dificuldades enfrentadas pelos consumidores em tal mercado, é inequívoca a necessidade da regulação setorial para endereçar tais pontos e assegurar a efetiva proteção do consumidor. O Rol da ANS não deixa de ser uma opção padrão, que prevalecerá sempre como piso obrigatório de cobertura (opção *default*), nada impedindo que o segurado resolva aumentar a cobertura, assumindo as repercussões econômicas da sua escolha.

### **Necessidade, complexidade e imprescindível deferência à regulação setorial no mercado de planos de saúde**

27. A regulação setorial no mercado de planos de saúde é fundamental para (i) assegurar o interesse público e a proteção da coletividade por meio da mutualização, (ii) sanar as falhas de mercado, (iii) resolver os problemas da contratação apontados pela economia comportamental. Para isso, são necessários critérios consistentes, a fim de assegurar que o mercado possa funcionar, harmonizando os interesses de usuários, operadoras e médicos e prestadores de serviços de saúde, mitigando os riscos de oportunismo.

28. A delegação de autoridade normativa às agências reguladoras é motivada por características peculiares, como a capacidade de agir em diversas frentes (normativa, sancionatória etc.), a capacidade técnica altamente especializada, a permeabilidade perante os interesses dos regulados e dos potenciais beneficiários da sua atuação, a processualidade (voltada a assegurar os direitos dos administrados de maneira equânime) e a independência.

29. Todos esses aspectos mostram a necessária deferência que se deve ter à regulação, uma vez que ela é estabelecida diante de uma série de análises complexas e que têm por premissa básica preservar o mutualismo. Prevalece aqui o raciocínio do Ministro Fux por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.083.955, quando afirmou o que denominou por *dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras*.

30. Dessa maneira, não parece razoável que o Judiciário intervenha sobre a política regulatória do setor de saúde suplementar quando há agência reguladora que o faça, especialmente quando não há indícios técnico-científicos de que o modelo em questão se encontraria equivocado e, ainda se houvesse, o esforço a ser feito seria no sentido de modificar a regulação, e não de ignorá-la.

### **CAPÍTULO III - A lista obrigatória e taxativa da ANS como solução regulatória idônea para resolver os maiores problemas do mercado de planos de saúde**

#### **O rol taxativo da ANS no contexto da regulação dos procedimentos de saúde**

31. A regulação setorial conta com diversas diretrizes voltadas tanto a garantir a solvência das operadoras e a sua capacidade de adequado equacionamento do risco quanto a assegurar proteção mínima aos usuários, como por exemplo: (i) limitações quanto às regras de cálculo do prêmio; (ii) preços mínimos de comercialização do plano (de modo a evitar a assunção de riscos excessivos); (iii) a inclusão de cobertura obrigatória e limites máximos de carência; (iv) exigência de capital mínimo; (v) provisões de risco; (vi) provisão para eventos ocorridos e não avisados previamente; (vii) margem de solvência.

32. O Rol da ANS é necessariamente taxativo, já que permite às operadoras que conheçam e calculem os riscos a que se submetem e, consequentemente, que adequadamente precifiquem seus contratos. Fosse o rol exemplificativo, isso impediria o conhecimento, pela operadora, dos riscos a serem suportados, o que geraria grande insegurança jurídica, senão a própria inviabilidade do setor.

33. O Rol da ANS é elaborado e atualizado de acordo com procedimento idôneo para refletir os consensos da comunidade científica e a higidez do mercado de saúde suplementar. A atualização do Rol da ANS, por conseguinte, não decorre do juízo subjetivo de um profissional ou outro, mas da utilização de mecanismos de medicina baseada em evidências, vistos sob perspectiva coletiva que mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários.

## **Transformando incertezas em riscos administráveis: o rol taxativo como requisito fundamental para assegurar a previsibilidade mínima necessária a qualquer atividade empresarial**

34. Se atividade empresarial é assunção de riscos – e não propriamente de incertezas -, é imperioso que a regulação assegure que as incertezas inerentes ao mercado de saúde complementar sejam convertidas em riscos minimamente previsíveis, administráveis e controláveis. Daí a importância chave do mutualismo, pois, como já se viu, é o mecanismo que permite que as incertezas individuais sejam transformadas em um risco coletivo suscetível de gerenciamento.

35. É importante notar que a existência de um rol obrigatório de procedimentos e a ausência de limites à utilização de tais procedimentos, ainda que apresentem justificativas idôneas sob a perspectiva de proteção do consumidor, impõem um considerável aumento de custos aos planos de saúde e ainda deixam expostos os problemas de seleção adversa e risco moral.

36. Se, além de ser obrigatório, o Rol ainda for considerado exemplificativo, o resultado disso é a obrigação de cobertura universal e ilimitada, o que, além trazer aumento exponencial de custos relacionados à inclusão de procedimentos inicialmente não previstos, impossibilita a previsibilidade mínima que é indispensável para os cálculos atuariais que assegurarão o mutualismo.

37. A mera possibilidade de que o Rol da ANS seja questionado em termos da sua taxatividade já é potencialmente danosa para o mutualismo. Porém, o dano se intensifica quando se observa que, para superar a taxatividade do Rol, é necessário ingressar em discussão cujos parâmetros são extremamente complexos e fluidos, o que implica abrir mão por completo de qualquer tentativa de previsibilidade, submetendo a atividade respectiva à mais completa incerteza, com todas as distorções daí decorrentes.

38. O dano intensifica-se quando se está diante de cenário em que vários procedimentos médicos, embora possam ser cientificamente justificáveis, custam fortunas e são manifestamente inviáveis do ponto de vista econômico, ainda mais quando se pensa sob a ótica da coletividade. E os efeitos regressivos de tais soluções são evidentes, porque normalmente beneficiam quem têm mais condições financeiras – inclusive de ter acesso ao Judiciário – e prejudicam os menos favorecidos.

39. Ir contra a taxatividade de tal Rol não é apenas ir contra à necessária deferência em relação à regulação. É possibilitar que juízos extremamente complexos – como o da viabilidade técnica e econômica de determinados procedimentos – sejam feitos por quem não detém todas as informações e conhecimentos necessários.

#### **Endereçando as falhas de mercado e as dificuldades dos consumidores: o rol taxativo e obrigatório como solução para atenuar falhas de mercado e dificuldades dos consumidores**

40. O Rol taxativo da ANS atende, dentro do possível, a todas as finalidades esperadas da regulação, assim como é fator de viabilização da existência do próprio mercado de saúde suplementar:

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar	Funções do rol taxativo
Preservação do mutualismo	O rol taxativo converte incertezas em riscos minimamente previsíveis, calculáveis e administráveis.
Identificação de núcleo obrigatório e mínimo, mas suficientemente abrangente, de procedimentos obrigatórios em prol do bem-estar do consumidor	O rol taxativo permite conciliar o conhecimento técnico com a viabilidade econômica das soluções no plano individual e sobretudo no plano coletivo. Do ponto de vista procedural, o rol taxativo é elaborado a partir não apenas dos conhecimentos técnicos e econômicos disponíveis, mas também a partir da ampla participação dos atores sociais mais importantes, a fim de se atingir o melhor equilíbrio possível entre o bem-estar do consumidor e a viabilidade do mercado, bem como sua acessibilidade, considerando que se trata de bem essencial.
Incertezas	O rol taxativo possibilita que as operadoras possam calcular o risco e precificar seus serviços. Assim, a solução desta falha de mercado converge com o resguardo do interesse público relacionado à preservação do mutualismo.

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar	Funções do rol taxativo
Assimetria de informação	O rol taxativo da ANS possibilita que ambas as partes tenham as informações fundamentais para a contratação, o que é fundamental para o cálculo de risco das operadoras e a manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial.
Conflitos de agência	Do ponto de vista das preocupações de Arrow, o rol é uma forma de resolver o problema da incerteza do produto. O rol taxativo da ANS reduz consideravelmente as condutas oportunistas por parte de consumidores e prestadores de serviços de saúde.
Seleção adversa	O rol taxativo da ANS reduz o risco potencial que uma cobertura ilimitada levasse a aumentos consideráveis dos preços dos planos de saúde, o que poderia ter como resultado a atratividade apenas de pessoas com alto risco.
Risco moral	O rol taxativo da ANS atenua a sobreprescrição e a sobreutilização de serviços médicos, racionalizando minimamente a demanda e criando um limite objetivo para a contenção do oportunismo excessivo de consumidores, médicos e prestadores de serviços de saúde.
Racionalidade limitada do consumidor	O rol taxativo da ANS acaba simplificando a escolha do consumidor, funcionando como uma adequada opção <i>default</i> , sem prejuízo de que ele poder contratar pacotes mais abrangentes.

41. Do ponto de vista do consumidor, a flexibilização do Rol obrigatório também é prejudicial, pois acaba igualando a cobertura de todos os planos, o que também se projeta nos preços, impossibilitando que o consumidor tenha acesso a pelo menos algumas alternativas distintas, em que possa sair da opção *default* de cobertura mínima para negociar coberturas mais amplas.

42. Do ponto de vista concorrencial, tal cenário é também preocupante, pois impossibilita a rivalidade entre as operadoras por níveis de cobertura superiores ao básico.

**Manifesta inviabilidade de que complexa e sofisticada solução regulatória, como é o Rol da ANS, seja afastada pela opinião individual de um profissional da saúde**

43. Ainda que bem-intencionado e com todo o conhecimento científico necessário para as suas prescrições, a avaliação isolada de um médico não pode se equiparar ao resultado de um trabalho consistente e coletivo, cercado de garantias procedimentais, como é o caso do Rol da ANS.

44. Acresce que os médicos não sofrem as consequências econômicas de suas decisões, transferindo-as integralmente às operadoras de planos de saúde. A rigor, o médico pode até desconhecer as políticas públicas sobre o setor, assim como desconsiderar que a eficiência no que se refere a custos se apresenta como condição essencial à própria eficácia técnica dos tratamentos prescritos. Dessa maneira, mesmo em uma situação ideal, em que não houvesse conflitos de agência e potencial de risco moral, não seria aconselhável que decisões com esse impacto pudessem ser tomadas isoladamente pelo profissional da saúde. Com maior razão, isso não pode ocorrer diante de um mercado marcado por falhas, em que os prestadores de saúde podem ter incentivos outros que não apenas o bem-estar do paciente.

45. Diante das divergências existentes na medicina, não existe nada de errado em tentar criar alguns parâmetros gerais dentro dos quais a discricionariedade médica possa ser exercida. O que não faz nenhum sentido é cogitar de que o médico, em um cenário tão complexo como o da saúde, possa ser visto como um agente cuja opinião seja insusceptível de qualquer tipo de controle.

46. Aliás, a pandemia do coronavírus tem mostrado o grau de divergências existente entre os profissionais da medicina e até

mesmo o risco de que vieses políticos e ideológicos possam interferir decisivamente nos diagnósticos.

47. Ainda que dispondo de plena informação e sem qualquer incentivo que não seja o melhor atendimento do paciente, o médico simplesmente não tem condições de, unilateralmente, superar o rol taxativo da ANS para sugerir procedimentos nele contemplados. Considerar que a palavra do médico é a única a ser considerada para efeitos do gerenciamento dos planos de saúde é inviabilizar todos os objetivos pretendidos pela regulação.

### **Riscos da excessiva judicialização**

48. Além de todos os problemas já mencionados, a equação econômica dos planos de saúde é desequilibrada por um outro fator que agrava sobremaneira as falhas de mercado: a judicialização, que, ao autorizar a flexibilização do Rol da ANS para que seja considerado exemplificativo em lugar de taxativo, não somente produz de maneira forçosa um modelo de seguro de cobertura completa obrigatória que desequilibra fundamentalmente o mercado como um todo, como premia aqueles sujeitos mais capazes de acessar o sistema Judiciário em prejuízo dos que não o fazem.

49. Nesse sentido, pode-se fazer referência à já antiga discussão sobre a judicialização da saúde no Brasil, na medida em que, segundo estudo do IPEA, *a interpretação do direito à saúde como um direito individual a bens e serviços de saúde de forma ilimitada se sustenta sem a consideração dos princípios constitucionais da universalidade e equidade. Uma vez que os recursos são escassos, a inobservância desses princípios pode resultar em mais um fator de agravamento das iniquidades em saúde no Brasil.*

50. A intervenção desavisada do Judiciário em setor regulado, marcadamente moldado por decisões de ordem técnica que decorrem de uma visão macro do sistema, adota um ponto de vista individualista que fundamentalmente subverte, sobrecarrega e desequilibra o sistema de saúde suplementar.

51. A judicialização excessiva e sem preocupações com os impactos econômicos no plano coletivo subverte e distorce políticas públicas, privilegiando quem entra em juízo, que as vezes são os que tem mais condições, e sobrecarregando todo o restante, gerando expressivos aumentos dos custos dos planos inviabilizado novas entradas e sobrecarregando ainda mais o SUS.

## Consulta

Honra-me a Federação Nacional de Saúde Suplementar - Fenasaúde (doravante “Consulente”), com consulta a respeito dos efeitos da decisão proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, especialmente na parte em que considerou ser taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Nesse cenário, solicita a Consulente a elaboração de análise da questão sob a perspectiva econômica, tratando especialmente dos seguintes aspectos:

- (i) As razões que justificam o caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS;
- (ii) as consequências da prevalência da prescrição do médico assistente, em desalinhamento com o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde;
- (iii) as hipóteses legítimas de negativa de cobertura por parte das operadoras de planos de saúde;
- (iv) as repercussões da taxatividade do rol ao princípio da economia processual e à administração do Poder Judiciário, sobretudo pelo estímulo à racionalização do uso da Justiça e à contribuição para a redução do número de demandas que discutem o custeio de procedimentos e eventos em saúde que não dispõem de cobertura obrigatória.

Vale ressaltar que a Consulta foi encaminhada com os seguintes documentos:

- (a) Ofício nº. 59/2019/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ, referente à resposta ao Ofício nº. 004342/2019-CPGR;
- (b) Ofício nº. 40/2019 – GAB/CONSAHJ, referente à resposta ao Ofício nº. 001/2019-CESS;
- (c) Ofício do Instituto Brasileiro de Atuária;
- (d) Manifestação da ANS como amicus curiae nos autos do Recurso Especial nº. 1.733.013/PR;

- (e) Parecer do Professor Gustavo Tepedino;
- (f) Parecer do Professor Gustavo Binenbojm;
- (g) Parecer da Professora Luciana Yeung.

Para explorar o tema, o presente parecer abordará, inicialmente, o estado da discussão da matéria no Superior Tribunal de Justiça, a fim de destacar a adequação dos fundamentos do Recurso Especial nº. 1.733.013/PR. Em seguida, mostrará as características e complexidades do mercado de planos de saúde que exigem regulação setorial que possa assegurar a proteção do consumidor e resolver, dentro do possível, as graves falhas de mercado, sem o que nem mesmo a manutenção da atividade econômica respectiva é possível. Ao final, o parecer procurará demonstrar as razões pelas quais o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é solução regulatória indispensável para assegurar não apenas a expansão do mercado de saúde suplementar e a ampliação do acesso, mas a própria sobrevivência deste mercado.

## **PARECER**

### **I. O estado atual da discussão no Superior Tribunal de Justiça**

#### **I.1. Síntese da tramitação do Recurso Especial nº. 1.733.013/PR**

1. O processo em referência remonta à ação ajuizada por Victoria Teixeira Bianconi contra a operadora de planos de saúde Unimed Londrina Cooperativa de Trabalho Médico, tendo como pedido o custeio do procedimento denominado “cifoplastia”, que não consta do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS – doravante denominado de “Rol da ANS” -, mas foi prescrito pelo seu médico assistente.

2. A Unimed Londrina apenas autorizou outro procedimento, denominado “vertebroplastia”. Em primeiro grau, a 2<sup>a</sup> Vara Cível de Londrina julgou os pedidos da autora parcialmente procedentes, determinando a realização da cifoplastia e o fornecimento dos materiais necessários à execução da cirurgia.

3. Na sequência, a autora interpôs recurso de Apelação e a Unimed Londrina apresentou recurso adesivo ao TJPR. O Eg. TJPR posicionou-se pela aplicação do Enunciado nº. 23 do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual *nas demandas judiciais em que se*

*discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.*

4. No caso, a ANS reiteradamente posicionou-se pela efetividade da vertebroplastia – procedimento que constava do rol e foi efetivamente autorizado pela Unimed - e pôs dúvidas sobre as vantagens da cifoplastia – procedimento solicitado pela segurada. Assim, o TJPR deu provimento ao recurso adesivo da Unimed, sem se posicionar a respeito do caráter taxativo do Rol da ANS.

5. Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Especial contra o acórdão do TJPR, alegando que: (i) o Rol da ANS é meramente exemplificativo, servindo tão somente como referência básica, razão pela qual seria obrigatório o custeio do procedimento indicado pelo seu médico; (ii) o contrato não faz referência à exclusão do procedimento; (iii) a falta de efetividade do procedimento apontada pela ANS não exime a prestadora do plano de saúde da obrigatoriedade de autorizar o procedimento; e (iv) haveria dano moral ipso facto na negativa de cobertura.

6. O Recurso Especial foi admitido pelo TJPR e distribuído ao Ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma do STJ, que, por constatar “dissídio notório” a respeito do tema, notificou diversas entidades a manifestarem-se como *amici curiae*. Assim, foram encaminhados pareceres e notas técnicas de diversas entidades tanto públicas quanto da sociedade civil para subsidiar a formação do entendimento do Tribunal.

7. Na ocasião do julgamento do Recurso Especial, após minuciosa análise de todos os argumentos apresentados à Corte, a Quarta Turma do STJ, na esteira do voto-condutor do Ministro-Relator Luís Felipe Salomão<sup>2</sup>, negou provimento à pretensão da segurada, afastando o caráter meramente exemplificativo do Rol da ANS. Segundo o acórdão, *o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por*

---

<sup>2</sup> STJ, REsp 1.733.013, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 10.12.2019.

consequente, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do ‘rol mínimo’ e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.

8. Tal entendimento parte da ideia de mutualismo que é ínsita aos contratos de plano de saúde. Daí ter asseverado o voto do Ministro-Relator que *invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros: um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente.*

9. Considerou ainda o Relator que *entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer coisa de que o cliente necessite acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, situação que, embora favoreça o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições de arcar com os custos.*

10. Assim, a percepção de que o Rol da ANS não tem limitações definidas obrigaria as operadoras a fornecer sempre qualquer tratamento prescrito pelo médico assistente, *efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que, além do mais, dificulta o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população.*

11. Como asseverou o Relator, aliás, tal interpretação não afetaria simplesmente as camadas mais vulneráveis da população, mas o sistema como um todo, pois *salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvenzionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média e alta da população.* Logo, considerar o rol meramente exemplificativo levaria à forçosa padronização de todos os planos de saúde, entendimento que *nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas.*

12. Portanto, entendeu a Quarta Turma não ser abusiva a exclusão do custeio dos procedimentos e materiais indicados pelo médico, ainda que não se possa ignorar que o exercício da medicina *usualmente*

*possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não podem nortear a elaboração do rol, como a predileção por determinado procedimento ou a familiaridade com determinado exame.*

13. Ademais, como asseverou o Ministro-Relator em seu voto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre contratos de saúde suplementar não significa que a cobertura possa extrapolar os limites do acordo. Consequentemente, igualmente não é devida indenização por danos morais, tendo em vista que a negativa de cobertura se deu a título de exercício regular de direito por parte da operadora.

14. É importante notar, aqui, que, muito embora as decisões das instâncias inferiores tenham enfatizado o caráter experimental do procedimento de cíoplastia, não foi esta a tônica dada à questão pelo STJ. Pelo contrário, a abordagem conferida pela Quarta Turma foi mais abrangente, interpretando o Rol da ANS segundo os aspectos econômicos intimamente associados à discussão e os efeitos macro decorrentes da inadequada compreensão do rol como exemplificativo. Daí a ementa do acórdão salientar que *O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico.*

15. Diante do desprovimento do Recurso Especial da segurada, foram opostos Embargos de Divergência, com base no dissídio entre o acórdão recorrido e decisões da Terceira Turma que se posicionaram no sentido de considerar exemplificativo o Rol da ANS. Considerando a relevância da análise da divergência, o item a seguir tratará brevemente de mapear o estado da discussão no STJ.

## **I.2. O estado atual da discussão no STJ: a distinção entre a abordagem do acórdão embargado e abordagem dos acórdãos paradigmas**

16. Como já se demonstrou no item anterior, o acórdão do Recurso Especial nº 1.733.013/PR afastou o caráter exemplificativo do Rol da ANS, tendo em vista a legislação infraconstitucional aplicável ao setor e os efeitos econômicos nefastos que seriam gerados por tal entendimento. Os Embargos de Divergência da segurada, no entanto, ventilaram dissídio jurisprudencial baseado em três acórdãos da Terceira Turma do STJ em sentido contrário: REsp nº 1.769.557/CE, Ag. Int. no AREsp nº 1.442.296/SP, Ag. Int. no REsp nº 1.724.233/MG e Ag. Int. no AREsp nº 1.431.842/SP.

17. Cabe notar, desde já, que o acórdão do Recurso Especial nº. 1.733.013/PR é marcado por contornos verdadeiramente paradigmáticos. Em primeiro lugar, porque implicou a superação do entendimento anterior da Quarta Turma, no sentido de que o Rol da ANS seria meramente exemplificativo<sup>3</sup>, o que se evidencia por julgados posteriores do órgão julgador que confirmaram a posição segundo a qual o rol não é exemplificativo<sup>4</sup>.

18. Em segundo lugar, e mais importante, o mencionado julgado da Quarta Turma levou em consideração, em suas razões de decidir, fundamentos econômicos e com repercussões macro que não haviam sido abordados pelos julgados preexistentes. Com efeito, os acórdãos até então existentes dedicaram-se à defesa do suposto direito do consumidor a partir de perspectiva valorativa excessivamente abstrata<sup>5</sup>, sem levar em consideração as consequências práticas do

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: STJ, Ag. Int. no REsp 1.682.692, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 21.11.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.516.463, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 29.10.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.353.908, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 23.09.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.403.233, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 05.09.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.452.700, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 25.06.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.405.622, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julg. 08.04.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.185.690, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 21.03.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.174.176, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 21.06.2018; STJ, Ag. Int. no Ag. Int. no AREsp 1.134.753, Rel. Min. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julg. 22.05.2018; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.036.187, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 27.06.2017; STJ, Ag. Int. no AREsp 919.368, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 25.10.2016.

<sup>4</sup> Nesse sentido: STJ, Ag. Int. no AREsp 1.544.749, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 10.12.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.882.494, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 10.12.2020; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.497.534, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 06.10.2020; STJ, Ag. Int. no Ag. Int. no AREsp 1.596.746, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julg. 24.08.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.779.763, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 10.08.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.848.717, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 15.06.2020.

<sup>5</sup> Basta verificar os fundamentos principais pelos quais a Terceira Turma mantém posição firme no sentido de que o Rol da ANS é exemplificativo, dentre os quais se destacam os constantes do primeiro paradigma

seu entendimento, especialmente no que diz respeito aos impactos econômico-atuariais e a preservação do mutualismo que é inerente ao próprio mercado de planos de saúde.

19. Não é sem razão que vários dos acórdãos que adotam a orientação do caráter exemplificativo do rol da ANS invocam fundamentos como os de que o direito à saúde por parte do segurado deve ser o mais amplo possível ou que não caberia às operadoras interferir no diagnóstico do médico, sem qualquer análise sobre a estrutura dos contratos e do mercado sob exame. Mesmo após a prolação do acórdão do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, a Terceira Turma manteve o seu entendimento<sup>6</sup>, sem ter a oportunidade de apreciar os robustos fundamentos econômicos que justificaram a mudança de orientação da Quarta Turma.

---

mencionado pelos Embargos de Divergência, que *Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo. O caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica* (STJ, REsp 1.769.557, Rel. Min. Nancy Andrigi, Terceira Turma, julg. 13.11.2018). No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no AREsp 1.721.252, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 15.12.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.885.275, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 20.11.2020; STJ, ED no AREsp 1.680.403, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julg. 23.11.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.886.704, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 23.11.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.888.199, Terceira Turma, julg. 11.11.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.889.818, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julg. 11.11.2020; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.588.693, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 14.09.2020; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.442.296, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 23.03.2020; STJ, REsp 1.642.255, Rel. Min. Nancy Andrigi, Terceira Turma, julg. 17.04.2018.

<sup>6</sup> STJ, Ag. Int. no AREsp 1.721.252, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 15.12.2020. No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no REsp 1.885.275, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 20.11.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.882.975, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julg. 14.09.2020.

20. É com base nessa análise simplificada, excessivamente abstrata e em descompasso com a realidade econômica subjacente, que decisões judiciais vêm obrigando as operadoras de planos de saúde a custearem procedimentos não incluídos no rol da ANS, como também, em alguns casos, condenando-as a pagamentos de danos morais a segurados em virtude da “recusa injustificada de cobertura”<sup>7</sup>.

### **I.3. Peculiaridade do acórdão do REsp 1.733.013/PR: introdução da necessária análise consequencialista do tema**

21. Não obstante as divergências já mencionadas anteriormente, foi somente no julgamento do REsp 1.733.013/PR que o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar a questão em toda a sua complexidade, objetivo para o qual foi fundamental a participação de inúmeros *amici curiae*, incluindo aí a própria agência reguladora e vários órgãos estatais desinteressados, que apontaram as consequências práticas desastrosas da flexibilização do Rol da ANS, alertando o Tribunal para os riscos respectivos.

22. Portanto, o diferencial do acórdão do REsp 1.733.013/PR foi a sua preocupação de interpretar a legislação e os direitos dos segurados não sob uma perspectiva abstrata, mas sim em conformidade com a realidade do contrato em referência e com os efeitos econômicos da ampliação judicial do Rol da ANS. Basta salientar que uma das principais premissas da nova orientação da Quarta Turma é a de que o contrato de plano de saúde insere-se em lógica de planejamento econômico-atuarial que exige mínima previsibilidade a respeito dos riscos em que incorrerá a operadora do serviço, sob pena de se desvirtuar, em prol de consumidores individuais, todo o equilíbrio econômico que possibilita a manutenção do serviço para a coletividade que atinge.

23. A própria ementa do Recurso Especial nº 1.733.013/PR já deixa claro que, no mercado de planos de saúde, *O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e*

---

<sup>7</sup> STJ, Ag. Int. no REsp 1.724.233, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 02.09.2019; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.432.842, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 29.04.2019.

*benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.*

24. A introdução da perspectiva consequencialista foi, portanto, a característica que diferencia o acórdão do Recurso Especial nº 1.733.013/PR diante dos demais que acolhem entendimentos contrários, como se observa por importante trecho do voto do Ministro Luís Felipe Salomão:

*Realmente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparéncia, por meio de consultas públicas -, como para o Judiciário – que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.*

25. Vale ressaltar que a adoção da perspectiva consequencialista no acórdão do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, longe de ter sido a única ou de ter sido desconectada das discussões valorativas pertinentes, foi introduzida de forma a viabilizar o necessário e frutífero diálogo entre direito e economia, possibilitando uma interpretação mais adequada dos dispositivos legais sob discussão, inclusive para o fim de avaliar o melhor cenário de proteção do consumidor-segurado.

26. Na verdade, não há divergência entre a Terceira e a Quarta Turma no que se refere à necessidade de se proteger o consumidor dos planos de saúde. Ambas adotam tal premissa como prioritária. A única diferença é que, sem analisar os impactos econômicos da sua orientação, a Terceira Turma, mesmo com o seu inegável e nobre propósito de assegurar o direito à saúde, acaba prejudicando-o, vista a questão sob o seu aspecto estrutural, que obviamente transcende o caso concreto.

27. Como se verá ao longo do presente parecer, o Rol taxativo da ANS não é um privilégio indevido atribuído pela regulação às operadoras, mas sim uma medida que beneficia diretamente o consumidor. É falso, portanto, o *tradeoff* entre os interesses das

operadoras e os interesses dos consumidores nesse caso, uma vez que o Rol da ANS é instrumento que viabiliza o alinhamento dos interesses esses dois polos e, também, os interesses dos prestadores de serviços de saúde.

28. Consequentemente, além de estarem corretos os fundamentos econômicos muito bem-postos no acórdão do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, ainda existem diversos outros fundamentos econômicos e jurídicos que corroboram e robustecem a tese da necessária taxatividade do rol da ANS, nos termos dos fundamentos que se serão explorados a seguir.

## **II. A necessária regulação do setor de saúde suplementar diante do interesse público a ele relacionado e das inúmeras falhas de mercado**

### **II.1. Relevância pública dos serviços de saúde suplementar e necessidade de se manter o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde**

29. A saúde suplementar, esfera de atuação na qual se encontram as operadoras de planos de saúde, diz respeito à prestação do serviço de saúde fora do âmbito do SUS, organizada pela intermediação de pessoas jurídicas especializadas e constituídas segundo as normas legais e regulamentares do setor<sup>8</sup>. No caso específico dos planos de assistência em saúde, a exploração dessa atividade é extensamente regulada pela ANS, por força da Lei nº 9.656/1998.

30. Partindo do permissivo constante do art. 199, segundo o qual *a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*, o mercado de saúde suplementar apresenta-se como importante meio de concretização do direito à saúde, razão pela qual é inequívoco o interesse público a ele subjacente. Tanto é assim que o art. 197, da Constituição, determina que *são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*.

---

<sup>8</sup> Ver: MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis. *O contrato de plano de saúde e sua função social*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 110, pp. 251-276, jan./dez. 2015. p. 258.

31. Significa dizer que, no que diz respeito à saúde suplementar, o Estado tem o dever constitucional de regular o respectivo mercado, garantindo seu acesso e aprimoramento<sup>9</sup>. E por essa razão que, apesar de se tratar de atividade econômica em sentido estrito, é imperiosa a incidência de normas de direito público no respectivo mercado<sup>10</sup>.

32. Assim, cabe ao Estado a produção de políticas públicas de saúde que permitam o acesso ao bem jurídico em questão, mediando tensões e alinhando os interesses entre os três pólos envolvidos na contratação: (i) as operadoras de planos e seguros de saúde, (ii) os prestadores de serviços de saúde e (iii) os consumidores ou usuários<sup>11</sup>.

33. A necessidade da regulação setorial decorre igualmente da insuficiência da regulação jurídica privada dos contratos - traduzida no Código Civil e mesmo em diplomas específicos, como o Código de Defesa do Consumidor - pois esta tem como foco o contrato isolado e a curto prazo.

34. Quando se fala de contratos de planos de saúde, a realidade é diversa. Está-se diante de contratos de longo prazo e cativos<sup>12</sup>. Até por isso, são incompletos e necessariamente sujeitos a medidas que lhe garantam alguma adaptabilidade e flexibilidade ao longo do tempo, já que será imperioso que se adequem a modificações futuras que as partes não podem prever no momento da sua celebração.

---

<sup>9</sup> Ver: PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise; CAETANO, João Carlos. *Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor*. Physis Revista de Saúde Coletiva. v. 18, n. 4, pp. 767-783, 2008.

<sup>10</sup> MOREIRA, Op. cit., p. 258.

<sup>11</sup> Nesse sentido: CONASS. *Saúde Suplementar*. Brasília: CONASS, 2007. p. 15.

<sup>12</sup> De acordo com Claudia Lima Marques, *Na análise da nova realidade contratual massificada, denominamos um fenômeno que já se observa no mercado brasileiro atual, de contratos cativos de longa duração*. Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, múltiplas e de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de 'catividade' ou 'dependência' dos clientes, consumidores (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, pp. 33-53, 1998. p. 33).

35. Se estivéssemos falando de contratos paritários entre agentes econômicos, o longo prazo, a incompletude e a necessidade de adaptabilidade diante de um futuro incerto lhes imporiam a adoção de sofisticados mecanismos de governança contratual para lidar com as complexidades e dificuldades ao longo da relação contratual<sup>13</sup>. Entretanto, considerando que se trata de contratos de consumo, cujo objeto é um bem essencial, a regulação setorial é, sem dúvida, a alternativa mais adequada para endereçar tais preocupações e viabilizar tal tipo de contratação.

36. Ainda há outra importante característica dos contratos de planos de saúde, que é compartilhada com todos os contratos de seguro - o mutualismo -, que reforça os impactos coletivos de cada um dos contratos individuais, já que o risco, o equilíbrio atuarial e as precificações individuais dependem da coletividade segurada. Daí se tratarem de contratos conexos<sup>14</sup>, que exigem a necessária conciliação entre os interesses de cada contratante com os interesses da coletividade.

37. Como bem sintetizou o professor Gustavo Tepedino, em parecer apresentado neste caso, *O Sistema de Saúde Suplementar, nessa esteira, projeta para cada usuário o inexorável e doloroso custo dos direitos fundamentais*,

---

<sup>13</sup> No contrato relacional, a lógica cooperativa substitui a lógica egoísta. O relacionamento continuado exige das partes comportamento adequado a cada nova situação, e com isso abre a oportunidade para que tais condutas sejam analisadas à luz da boa-fé, do fim social e da equidade. A incompletude contratual aumenta o risco e amplia o espaço para a exigência de ação cooperativa. Essa diferença conduz ao redimensionamento do formalismo interpretativo. [...] Se os contratos se apresentam com incompletude, o que a realidade negocial torna insuprimível, é preciso raciocinar em termos positivos (e propositivos) sobre a técnica de tutela funcional e coerente com o ordenamento em evolução. Nesse contexto, ganha maior espaço a atividade de renegociação e revisão do que a de invalidação e resolução (AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Revista trimestral de direito civil. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011. p. 99).

<sup>14</sup> A coligação ou conexão contratual consiste no nexo contratual independente de lei ou estipulação que pressupõe dois ou mais contratos interligados por um articulado e estável nexo econômico, funcional e sistemático que se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado. (Ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013).

*sendo certo caber ao gestor a administração desses custos com a responsabilidade de zelar, a um só tempo, pelo fundo mutualístico comum e pela contenção das prestações individuais de cada usuário. Trata- se de escolhas dramáticas, por vezes trágicas, na expressão consagrada pela análise econômica do direito.*

38. Daí por que, o voto condutor do Recurso Especial nº 1.733.013/PR tem como pilar argumentativo a correta premissa de que o dever constitucional que o Estado tem de regular o mercado de saúde suplementar está fortemente atrelado ao compromisso de manter o equilíbrio financeiro- atuarial dos planos e seguros de saúde.

39. Por fim, ainda é preciso lembrar que, quanto maior e mais eficiente for o mercado de saúde suplementar, mais o SUS será desafogado e poderá se concentrar no atendimento da população com renda mais baixa, que fica fora do mercado dos planos de saúde. Portanto, o correto funcionamento do mercado de saúde suplementar tem impactos diretos igualmente na racionalização e otimização dos recursos do SUS.

40. Todos esses fatores já seriam boas justificativas para a regulação setorial. Entretanto, do ponto de vista econômico, há diversas falhas no mercado de planos de saúde que não apenas aconselham como exigem uma eficiente regulação nesses casos, como se explorará a seguir.

## **II.2. As falhas de mercado que impõem a regulação setorial dos contratos de planos de saúde**

41. Se há uma hipótese que atrai relativo consenso em relação à necessidade de regulação setorial é quando se está diante de falhas de mercado. Mesmo autores liberais e libertários tendem a concordar que a regulação estatal é imperiosa diante das falhas de mercado pois, em casos assim, o mecanismo de preços simplesmente não consegue funcionar adequadamente, impedindo os mercados de alocar os recursos de forma eficiente<sup>15</sup>. Mesmo a famosa Escola de Chicago, que vê o Estado como um agente exógeno à economia, considera justificável a intervenção para endereçar as falhas de mercado<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *O fato de que o mercado falha é amplamente conhecido, e a existência de falhas de mercado é a justificativa clássica para a regulação de atividades pelo Estado.* Cadernos DireitoGV. v. 5, n. 2, pp. 6-58, mar. 2008. p. 40).

<sup>16</sup> Ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 27-32.

42. A peculiaridade do mercado de saúde suplementar é que ele congrega praticamente todas as falhas de mercado identificadas pela literatura e experiência econômicas. Aliás, não é sem razão que impressiona a quantidade de artigos e estudos científicos nos quais o setor de saúde suplementar é visto como um mercado de regulação forte, com o objetivo de estimular o acesso universal às coberturas e desencorajar práticas perversas que levam a uma sobreutilização dos serviços de saúde e o consequente aumento dos custos<sup>17</sup>.

43. Para se ter uma melhor definição dos tipos e da extensão das falhas de mercado existentes no setor de saúde suplementar, o presente parecer passará a se dedicar às principais delas.

### II.2.1. Incertezas

44. Do ponto de vista histórico, a noção de risco, que é fundamental para a definição da própria atividade empresarial, sempre foi acompanhada dos atributos de previsibilidade e calculabilidade<sup>18</sup>. É por essa razão que Frank Knight, no seu clássico livro sobre o tema, diferencia o risco da incerteza porque o primeiro, ao contrário da última, está sujeito a certo domínio e cálculo<sup>19</sup>.

45. Assim, do ponto de vista econômico, compreender o risco pressupõe identificar algo que pode ser minimamente calculado, controlado e gerenciado. Tal aspecto é, inclusive, o elemento econômico que confere racionalidade à diferenciação entre o caso

---

<sup>17</sup> Essa é uma das conclusões do estudo de Lilani Kumaranayake (*Effective Regulation of Private Sector Health Service Providers*. Paper apresentado no World Bank Mediterranean Development Forum II, Marrocos, 1998.

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.201.5173&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 15.01.2021. No mesmo sentido, a partir do ponto de vista concorrencial: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. *Desafios da análise do CADe no setor de planos de saúde*. Pp. 5-6. [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/12/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/12/).

<sup>18</sup> Peter Bernstein mostra que a palavra risco, da origem italiana *riscicare* (ousar), começa a ser usada somente no século XIII, para o fim de refletir uma mudança de mentalidade segundo a qual o futuro deixava de ser visto apenas como destino ou predeterminação divina e passava a ser uma escolha a ser feita de acordo com suas consequências possíveis. (BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The remarkable story of risk*. Nova Iorque, Wiley, 1998).

<sup>19</sup> KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921. (1921, p. 231-232).

fortuito interno, pelo qual os agentes econômicos devem responder na modalidade objetiva – porque se trata do risco assumido – do caso fortuito externo, pelo qual os agentes não devem responder nem mesmo objetivamente – porque se trata de incerteza e não de risco<sup>20</sup>.

46. Por essa razão, falar em atividade econômica e assunção de risco é falar de algo que pode ser suscetível de algum controle. Como ensina Stephen Perry, não há como dissociar o risco do cálculo probabilístico<sup>21</sup>, motivo pelo qual foi fundamental, para a expansão da atividade econômica a partir do século XIII, o desenvolvimento da matemática, da estatística e das demais técnicas de estimativa do risco.

47. Tanto o risco é fundamental para a atividade empresarial que o próprio contrato, do ponto de vista econômico, é um instrumento de alocação de risco entre as partes. Tal aspecto foi recentemente realçado pela Lei de Liberdade Econômica, que acrescentou ao Código Civil o art. 421- A, II, claro no sentido de que *a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*.

48. A peculiaridade das operadoras de planos de saúde é que, mais do que propriamente com riscos, elas lidam com grandes incertezas, as quais precisam ser minimamente controladas e convertidas em riscos calculáveis, sob pena de se inviabilizar a própria atividade. Com efeito, faz parte do negócio que os usuários possam utilizar-se dos seus serviços mediante uma precificação prévia, mesmo não tendo a operadora como conhecer as condições de demanda futura. Assim, a operadora não tem garantias adequadas de que as contribuições dos consumidores serão suficientes para cobrir seus custos de funcionamento<sup>22</sup>.

49. Em trabalho seminal a respeito do tema, *Uncertainty and the welfare economics of medical care*, Kenneth Arrow já apontava a incerteza

---

<sup>20</sup> Nesse sentido: FRAZÃO, Ana. *Risco da empresa e caso fortuito externo*. Civilistica.com. v. 5, n. 1, 2016.

<sup>21</sup> PERRY, Stephen R. Risk, Harm and Responsibility. In: OWEN, David. *Philosophical Foundations of Tort Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001. p. 322-346.

<sup>22</sup> MEDEIROS, Márcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Economia. Universidade de Brasília, Brasília: UnB, 2010. p. 22.

como uma grande característica do mercado de saúde suplementar, já que, dentre outros aspectos, a demanda pelos serviços é irregular e imprevisível, o que faz com que o próprio serviço a ser prestado seja também incerto<sup>23</sup>.

50. Arrow foi provavelmente o primeiro a identificar que as incertezas existentes no mercado de saúde suplementar são de tal magnitude que dificilmente surgiriam espontaneamente mercados de seguro para assegurar a cobertura respectiva. Soma-se a isso o fato de que as empresas que operam nesse setor apresentam custos extremamente elevados e que tendem a aumentar diante do aumento crescente da população de idosos<sup>24</sup>.

51. Daí por que foi fundamental para o desenvolvimento e expansão desse mercado que as incertezas que o caracterizam fossem transformadas em riscos minimamente calculáveis, o que somente foi possível por meio do mutualismo e das técnicas de probabilidade e equilíbrio atuarial que possibilitaram um mínimo de previsibilidade, controle e gerenciamento da atividade.

52. Sob essa perspectiva, o objetivo do mutualismo é precisamente converter incertezas individuais em um risco coletivo minimamente controlável, o que somente é possível em razão de complexos cálculos matemáticos e probabilísticos, de acordo com os fundamentos atuariais. Portanto, sem mutualismo e a previsibilidade que caracteriza o próprio risco, a própria existência do mercado é insustentável.

53. Tal afirmação é particularmente verdadeira quando se requer do mercado que fixe uma mensalidade pré-estabelecida para os segurados. Como adverte Luís Carlos Moriconi de Melo, se tal opção é muito boa para os consumidores, que podem programar adequadamente o seu orçamento mensal, é bastante complicada para as operadoras, pois ressalta os problemas decorrentes das incertezas e da aleatoriedade das despesas do plano, em comprometimento do equilíbrio financeiro-atuarial e da sua solvência<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> ARROW, Kenneth. *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. The American Economic Review, V. 53, dez/1963, pp. 941-973, pp. 946-952.

<sup>24</sup> MELO, Luis Carlos Moriconi de. *Assimetria de informação a partir da regulação do mercado de saúde suplementar no Brasil: teorias e evidências*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2016, pp. 14-15. <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/158145>. Acesso em 14 jan. 2021.

<sup>25</sup> MELO, Op.cit., p. 13.

54. Sem esse mínimo de previsibilidade, frustra-se até mesmo o objetivo econômico fundamental dos contratos, que é alocar riscos entre as partes e não propriamente incertezas sobre as quais não se pode ter nenhum tipo de controle.

## II.2.2. Conflitos de agência

55. Existe relação de agência quando um determinado indivíduo (agente) pode agir sobre a situação de outro (principal), o que normalmente ocorre em situações de representação, preposição ou mesmo de aconselhamento<sup>26</sup>. Do ponto de vista econômico, o grande problema da relação de agência é o potencial de conflito quando existem incentivos para que o agente priorize os seus próprios interesses em detrimento dos interesses do principal.

56. A delicadeza e a complexidade do mercado de planos de saúde é que ele envolve potenciais conflitos de agência na relação entre os médicos ou prestadores de serviços médicos com o paciente e na relação do médico e dos prestadores de serviços médicos com as operadoras de planos de saúde.

57. A primeira relação de agência decorre do fato de que falta informação e capacidade técnica ao consumidor para que possa reconhecer sua necessidade, o que impede que controle a ação do médico quando esta for influenciada pelo interesse pessoal de que o paciente utilize mais dos seus serviços.

58. A segunda relação de agência já foi claramente identificada e relatada pelo CADE em vários dos seus julgados sobre concentrações em mercados de saúde suplementar, ora consolidados na série Cadernos do CADE, em que se assinalou que o problema de agência na relação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços médicos decorre da assimetria de informação entre os dois polos, ambos movidos pela maximização de lucros e ambos atuando como agente e principal um em relação ao outro<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Ver: JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*. v. 3, n. 4, pp. 305-360, out. 1976.

<sup>27</sup> CADE. *Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. Brasília: CADE, 2018. p. 37.

59. Isso porque, ao passo que a operadora maximiza seus lucros quando o cliente não utiliza serviços disponíveis ou quando paga o menor preço possível ao prestador de serviço, os prestadores de serviço de saúde maximizam seus lucros com a maior utilização possível de sua estrutura produtiva (consultas, procedimentos, leitos, UTI, equipamentos etc.) ou quando cobram o maior preço possível pelo uso dos seus serviços pelos beneficiários de planos de saúde.

60. Em outras palavras, os prestadores de serviços de saúde, incluindo obviamente os médicos, têm incentivos para recomendar o máximo possível de procedimentos<sup>28</sup>. Além disso, segundo estudo de Paulo Furquim de Azevedo *et al.*, há ainda o risco de existirem incentivos financeiros perversos para que médicos adotem procedimentos mais complexos, tendo em vista eventuais relações com fornecedores de produtos de saúde<sup>29</sup>.

61. Em muitos mercados, os conflitos de agência são devidamente equacionados quando os envolvidos têm acesso à plena informação. Ocorre que isso não acontece no mercado de saúde suplementar, que também é marcado por outra importante falha de mercado, que potencializa os problemas de agência: a assimetria informacional, que será tratada no próximo item.

### **II.2.3. Assimetrias de informação**

62. Para que os mercados funcionem adequadamente, é necessário que compradores e vendedores tenham acesso às informações necessárias para as suas operações econômicas. Havendo assimetria informacional, a parte que não tem acesso às informações necessárias não poderá tomar decisões racionais. Acresce que, como lembra Williamson, pode haver incentivos para que a parte mais informada na transação aja de maneira oportunista, explorando a parte menos informada<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> CADE. *Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. Brasília: CADE, 2018. p. 37.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim et al. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. São Paulo: Insper, 2016. pp. 94-95.

<sup>30</sup> Ver: WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. Nova Iorque: Macmillan, 1975. pp. 26-27.

63. Em seu conhecido artigo *The Market for Lemons*, George Akerlof ilustra de maneira didática o papel das assimetrias de informação para a construção dos mercados e as distorções que elas podem causar. No famoso exemplo do prêmio Nobel de Economia, utiliza-se o mercado de automóveis, que especifica carros novos com valores superiores àqueles dos carros usados, ainda que recém-saídos da concessionária. Isso não decorre simplesmente do prazer de se ter um carro novo, mas da existência de assimetrias de informação entre vendedores e compradores, na medida em que esses últimos, ao comprar um automóvel usado, não sabem se será um carro bom ou ruim (sendo que os carros ruins são popularmente denominados nos Estados Unidos por “limões”, daí o título do artigo)<sup>31</sup>.

64. Há, portanto, assimetria de informação na relação entre vendedores e compradores de carros usados, o que afeta fundamentalmente os incentivos a que estão submetidos os agentes envolvidos. Isso porque, diante do fato de que um comprador não saberá de antemão a diferença entre um bom ou mau carro, ambos continuam a ser vendidos pelo mesmo preço, o que aumenta a desconfiança mesmo sobre os bons carros que estejam à venda. Consequentemente, o agente que pretenda vender um bom carro usado não conseguirá obter o preço adequado ou esperado em virtude dos efeitos adversos produzidos pela existência de carros ruins no mercado (fenômeno denominado “seleção adversa”<sup>32</sup>, que será mais bem explorado adiante).

65. Segundo Akerlof, a assimetria informacional pode inviabilizar até mesmo a existência do mercado. Quando os consumidores não estão aptos a avaliar os parâmetros de qualidade dos vendedores, a consequência esperada é o decréscimo na qualidade média dos bens ou serviços comercializados e a redução da dimensão do próprio mercado.

66. Não por acaso, Akerlof utiliza como exemplo de assimetrias de informação também os contratos de seguro de saúde. Aliás, as assimetrias de informação consistem em uma das principais falhas

---

<sup>31</sup> AKERLOF, George. *The Market for “lemons”*: quality uncertainty and the Market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. v. 84, n. 3, pp. 388-500, ago. 1970. pp. 488-491.

<sup>32</sup> AKERLOF, Op. cit., p. 490.

de mercado – senão a principal falha de mercado<sup>33</sup> - verificáveis no setor de saúde suplementar e se projetam sobre todos os polos da equação:

(i) **as operadoras de saúde** não conhecem o verdadeiro e preciso risco de cada segurado e encontram muitas dificuldades para avaliar se os procedimentos demandados pelos pacientes e/ou prescritos pelos médicos são efetivamente necessários;

(ii) **os segurados** não conhecem os riscos dos procedimentos e medidas indicados pelos médicos e prestadores dos serviços de saúde nem têm condições nem capacidade técnica de compreender todos os dispositivos do contrato de plano de saúde ou de estimar ou avaliar se os produtos disponíveis compreendem as suas necessidades atuais e futuras em termos de assistência à saúde<sup>34</sup>, e

(iii) **os médicos e prestadores dos serviços de saúde** não conhecem os impactos dos serviços por eles solicitados, muito menos para efeitos da sustentabilidade e equilíbrio financeiro-atuarial do plano de saúde.

67. A assimetria informacional também potencializa os conflitos de agência, até porque médicos e prestadores de serviços de saúde podem ter incentivos para aumentar a demanda por seus serviços em seus próprios interesses, como explica Márcio Lima Medeiros<sup>35</sup>:

*A falta de informação, por parte dos consumidores, sobre o resultado de determinada ação na sua futura condição de saúde coloca os médicos numa posição de agentes, de conselheiros, que atuam em nome dos consumidores. É uma posição privilegiada, pois podem influenciar ao mesmo tempo a demanda e a oferta. Os médicos têm o poder de induzir a demanda de seus próprios serviços, assim, os*

---

<sup>33</sup> Dentre os autores que sustentam, com base na obra de Arrow, que a assimetria informacional é uma das mais importantes, senão a mais importante, falha do mercado de saúde suplementar encontram-se MEDEIROS (Op. cit., p. 27) e LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. *Informação, assimetria de informações e regulação do mercado de saúde suplementar*. <http://ridi.ibict.br/handle/123456789/318>. Acesso em 14 jan. 2021.

<sup>34</sup> AZEVEDO et al, Op. cit., p. 11.

<sup>35</sup> MEDEIROS, Op. cit., pp. 26-27.

*pacientes podem ser induzidos a consumir mais do que necessitam. [...]*

*As operadoras gostariam que o médico agisse em seu favor, reduzindo ao máximo os custos da assistência médica quando o paciente (principal) adoecesse. Entretanto, a forma de remuneração por procedimentos fee-for-service, adotada no Brasil, estimula os profissionais de saúde a induzir o principal (paciente) a utilizar serviços de assistência médica sem maiores análises de custo-benefício. Um procedimento que exemplifica esse mecanismo de incentivo do agente (médico) é a realização de parto por cesárea desnecessária, desconsiderando os riscos maternos e perinatais, ao invés de parto normal. O parto por cesárea aumenta o rendimento dos médicos e possibilita um agendamento do procedimento sem maiores dificuldades, maximizando seu bem-estar. (grifos nossos)*

68. Na verdade, Márcio Lima Medeiros considera que o modelo remuneratório *fee-for-service*, em que o prestador ganha mais se o paciente se utilizar de mais serviços, gera um conflito de interesses entre o dever de agir da melhor forma para cuidar do paciente ou induzir a demanda de serviços, o que eleva as receitas de médicos e instituições de saúde<sup>36</sup>.

69. Tais dados são confirmados pela literatura econômica internacional, de que é exemplo a opinião de Cutler e Zeckhauser, ao salientarem a importância do conflito de agência, por meio do qual o médico (agente) pode manipular o paciente (principal), com o objetivo de ganhar mais do que o necessário<sup>37</sup>.

70. Como já se enfatizou anteriormente, é por meio do mutualismo que se pode fazer frente a muitas das incertezas deste mercado, partilhando o risco entre o grupo, de modo a torná-lo acessível, uma vez que suportado por todos<sup>38</sup>. Entretanto, a precificação

---

<sup>36</sup> MEDEIROS, Op. cit., p. 58.

<sup>37</sup> CUTLER, D. M.; ZECKHAUSER, R. J. *The anatomy of health insurance*. In: CULYER, A. J.; NEWHOUSE, J. P. (Ed.). *Handbook of health economics*. Amsterdam: Elsevier, 2000. pp. 563- 637.

<sup>38</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor*. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 188.

das relações securitárias continua a ser de extrema complexidade, pois parte da observação probabilística de um grande número de ocorrências. Somente assim é possível a adequada quantificação do risco e a distribuição estatística do número de eventos seguráveis em determinado período para que, então, o segurador possa eficientemente estimar as perdas relativas a cada espaço de tempo em comparação com o montante de prêmios que recebe<sup>39</sup>.

71. Acontece que, para que esses critérios tradicionais da técnica securitária funcionem, tanto jurídica quanto matematicamente, é necessário que as situações de exposição a risco sejam minimamente homogêneas, tanto quantitativa quanto qualitativamente<sup>40</sup>. Significa dizer que *a ocorrência em análise deve, relativamente a cada indivíduo, encontrarse sob a influência de factores similares; isto é, não só que as análises estatísticas empreendidas devem agrupar riscos da mesma natureza, consideradas as suas menores especificações [...], como que os próprios riscos que se aceite garantir devem ser agrupados segundo estas mesmas especificações*<sup>41</sup>.

72. Por essa razão, consideradas as dificuldades do cálculo atuarial, os problemas de assimetria informacional e de potencial de conflitos de agência precisam ser minimamente equacionados, sob pena de se tornarem obstáculos insuperáveis para a administração do risco e a existência do próprio mercado.

#### II.2.4. Seleção adversa

73. Como explica Márcia Regina Godoy, a probabilidade da utilização dos serviços de saúde varia entre os indivíduos saudáveis e os não saudáveis. Como os segurados sabem de suas condições de saúde muito melhor do que a operadora, a precificação média dos planos traz benefícios àqueles que têm maior propensão para adoecer, enquanto pode prejudicar os mais saudáveis, na medida em que é cara diante do seu menor risco<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> MARTINS, Op. cit., 2010, pp. 158-161.

<sup>40</sup> MARTINS, Op. cit., 2010, pp. 164-165.

<sup>41</sup> MARTINS, Op. cit., 2010, p. 165.

<sup>42</sup> GODOY, Marcia Regina. *Regulamentação de planos de saúde e risco moral: aplicação da regressão quantílica para dados de contagem*. Tese de doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pp. 51-54. <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/22653>. Acesso em 14 jan. 2021.

74. É precisamente esse fenômeno que se chama de seleção adversa no mercado de saúde suplementar, que tende atraír, diante da assimetria informação, segurados com mais problemas de saúde – e consequentemente com maior probabilidade de usar os serviços respectivos – do que segurados com menores riscos.

75. Todavia, se isso ocorrer e apenas as pessoas com maior risco adquirirem os serviços, haverá aumento do risco, do custo e do preço do plano, que cada vez mais se tornará mais atrativo apenas para usuários com maiores problemas de saúde, em um círculo que se retroalimenta.

76. Daí a importância de haver mecanismos que, atenuando a assimetria informacional, possam conter os riscos da seleção adversa, como explicam Azevedo *et al*<sup>43</sup>:

**Seleção adversa:** agentes mais propensos a utilizar os serviços são os que tendem a procurar por planos de saúde, ou seja, a demanda tende a ser mais concentrada em grupos que, na média, utilizam mais intensamente os serviços de saúde em relação a população em geral (Balbinotto *et alii*, 2004).

Assim, as carteiras podem vir a selecionar pacientes de maior risco e os parâmetros referentes à utilização de serviços de assistência à saúde da população em geral não são referência para o efetivo perfil de beneficiários que compõem a carteira de planos de saúde. Daí decorre a necessidade de seleção de risco, com criação de mecanismos para obtenção de informação sobre os consumidores com vistas a elaborar parametrização mais apropriada.

Por isso, é importante a elaboração de arranjos contratuais que incentivem os beneficiários a revelar as informações relevantes para que se construam parâmetros mais próximos da realidade, permitindo às OPS ajustar a receita aos custos efetivos.

77. Observa-se, portanto, que a assimetria informacional e a seleção adversa dela decorrente é nefasta tanto para os segurados, que, a depender do perfil, podem ficar excluídos do mercado de planos de saúde, como para as próprias operadoras, que não terão como controlar o risco se não houver mecanismos para corrigir ou pelo menos atenuar as mencionadas falhas de mercado.

---

<sup>43</sup> AZEVEDO et al, Op. cit., p. 12.

78. Não é sem razão que Cutler e Zeckhauser ressaltam que a seleção adversa é a causa de ineficiências, pois o preço deixa de refletir o custo marginal e haveria incentivos para a seleção de risco, que consistiria na estratégia dos seguradores de atrair indivíduos com menores riscos e dissuadir os com maiores riscos<sup>44</sup>. O resultado prático é que a divisão de riscos deixa de existir.

79. Consequentemente, dificilmente falhas de mercado com esse porte e extensão poderão ser equacionadas sem a regulação setorial, que terá um papel fundamental a encontrar um equilíbrio entre os interesses dos beneficiários e a precificação de planos que correspondam aos custos incorridos pelas operadoras de planos de saúde.

### **II.2.5. Risco moral (*moral hazard*)**

80. O risco moral diz respeito ao fato de que, quando alguém não está exposto ao risco da tomada da decisão, tende a não decidir com a mesma racionalidade e padrão de cuidado de quem está, o que normalmente leva a resultados ineficientes. Tal cenário é muito frequente em planos de saúde, pois pacientes, médicos e prestadores de serviços nem sempre terão os adequados incentivos para uma utilização racional do plano, uma vez que, após o pagamento das mensalidades pelo consumidor, todos os demais custos financeiros de suas decisões são repassados exclusivamente para as operadoras.

81. A compreensão do risco moral pode ser mais bem entendida a partir do enquadramento maior proposto por Nassim Taleb em seu livro *Skin in the game*<sup>45</sup>: as assimetrias de informação, riscos e preferências determinam muito do nosso comportamento e dos resultados destes. Daí por que, para entender a ação econômica, é fundamental entender quem tem mais a perder em cada uma das situações. Quem não arrisca a própria “pele” dificilmente tem os incentivos necessários para agir adequadamente.

82. No caso dos planos de saúde, médicos e prestadoras de serviços de saúde pouco ou nada têm a perder com suas decisões que aumentem a demanda pelos próprios serviços, pelo menos do

---

<sup>44</sup> CUTLER; ZECKHAUSER, Op. cit.

<sup>45</sup> TALEB, Nasim Nicolas. *Skin in the game: hidden asymmetries in daily life*. Nova Iorque: Random House, 2018.

ponto de vista financeiro. Desde que não causem riscos à saúde dos pacientes, na verdade, do ponto de vista egoístico, tais prestadores só têm a ganhar com a decisão que aumente a demanda, ainda que às custas das operadoras de planos de saúde.

83. Da mesma maneira, os pacientes, que já pagam as mensalidades, pouco ou nada têm a perder com a excessiva utilização dos serviços de saúde. Aliás, o fato de já estarem pagando um valor fixo pode ser até um estímulo para o maior consumo do serviço, assim como acontece com as pessoas que, por estarem pagando um valor fixo em um restaurante *self service*, têm incentivos para comer em excesso.

84. Mais do que ausência de incentivos para agir adequadamente, o problema o risco moral diz respeito à probabilidade de comportamentos excessivamente oportunistas pois, como a utilização dos serviços de saúde pelo segurado se dá mediante custo marginal zero ou próximo de zero, não há incentivos para a racionalização da demanda, o que leva à utilização desnecessária dos serviços de saúde, alterando até mesmo a distribuição de probabilidades associadas à ocorrência dos eventos indenizáveis<sup>46</sup>.

85. No mencionado estudo de Kenneth Arrow, o autor já alertava para o fato de que o seguro médico aumenta a demanda por serviços médicos, pois, por mais que os médicos possam ser vistos como agentes de controle quanto às demandas do paciente, eles próprios não estão sujeitos a nenhum controle, podendo ser-lhes conveniente agradar seus pacientes por meio da prescrição de medicamentos mais caros, enfermeiras privadas, tratamentos mais frequentes e outras variações de cuidado<sup>47</sup>.

86. Sobre esse ponto, não se pode ignorar que os médicos estão sujeitos a toda sorte de incentivos para maximizar seus ganhos mediante a prescrição dos mais diversos procedimentos e exames, ainda que desnecessários e caros, na medida em que, regra geral, a remuneração dos serviços de saúde se dá de acordo com os procedimentos realizados<sup>48</sup>. Por fim, como já se mencionou por diversas vezes, os pacientes não

---

<sup>46</sup> Sobre os riscos de comportamentos oportunistas, ver Marina Godoy (Op. cit.) e Cutler e Zeckhauser (Op. cit.).

<sup>47</sup> ARROW, Op. cit., pp. 961-962.

<sup>48</sup> Ver: LARA, Natalia Cairo. *Impacto das fraudes e dos desperdícios sobre gastos da saúde suplementar – estimativa 2017: atualização do TD nº 62-2017*. São Paulo: IESS, 2017.

detêm o conhecimento técnico necessário para resolver seus próprios problemas e, por isso, apegam-se à prescrição médica.

87. Em resumo, como o tomador da decisão sobre o consumo (o médico assistente) não é o mesmo que realiza o cálculo a respeito dos custos (a operadora de plano de saúde), há claro incentivo à sobreutilização dos serviços, o que tende a aumentar o preço, gerando perdas de bem-estar para a coletividade abarcada pelo plano de saúde. Isso é particularmente verdadeiro quando não há limitação de procedimentos<sup>49</sup>.

88. Tal tendência é evidenciada por diversos estudos empíricos recentes<sup>50</sup>. A consequência prática é o aumento do custo das operadoras, o que necessariamente precisa ser repassado para o preço dos planos, dificultando ou mesmo impedindo o acesso ao serviço por muitos que dele necessitam e, no caso brasileiro, ainda sobrecregando o SUS.

89. Mais do que aumentar a demanda acima do nível considerado eficiente, Marina Godoy sistematiza, a partir da literatura a respeito do assunto, alguns dos outros preocupantes efeitos do risco moral no mercado de saúde suplementar seriam: (i) o usuário tende a não se preocupar em pesquisar preços e encontrar serviços

---

<sup>49</sup> O já mencionado estudo de Paulo Furquim Azevedo e outros mostra que a limitação de procedimentos consistiria em um dos principais mecanismos de prevenção ao risco moral (AZEVEDO et al, Op. cit., pp. 12-13). Entretanto, o problema da limitação é que, em diversos casos, ela privará o paciente da assistência necessária e imprescindível que ele precisará ter diante de determinados problemas de saúde.

<sup>50</sup> POWELL, David; GOLDMAN, Dana. Moral Hazard and Adverse Selection in Private Health Insurance. Rand

Population Research Center. 2013. [https://www.rand.org/pubs/working\\_papers/WR1032.html](https://www.rand.org/pubs/working_papers/WR1032.html). Acesso em 15 jan. 2021. As conclusões principais dos autores são as seguintes: *We estimate that adverse selection is responsible for 77% of the differences in expenditures between the most and least generous plans. Moral hazard account for the other 23%*. Ver também EINAV, Liran; FINKELESTEIN, Amy. Moral hazard in health insurance: *what we know and how we know it*. Journal of the European Economic Association, 2018, pp 957-982.

<https://academic.oup.com/jeea/article/16/4/957/4992078>; MAIA, Ana Carolina, ANDRADE, Mônica Viegas; CHEIN, Flávia. *Ex-ante moral hazard: empirical evidence for private health insurance in Brazil*. Nova Economia, v. 29, n. 3, 2019, pp. 987-1008.

com melhor custo-benefício e (ii) o usuário tende a relaxar o seu monitoramento em relação ao comportamento do médico que pode prescrever tratamentos ou exames desnecessários<sup>51</sup>. Daí a conclusão da autora que, quanto mais abrangente for a cobertura do seguro, menor será a precaução tomada pelo indivíduo<sup>52</sup>.

90. No mercado de saúde suplementar, soma-se ao risco moral da relação entre usuários e operadora o risco moral da relação entre médicos ou prestadores de serviços médicos e a operadora. Como as prescrições de exames e procedimentos médicos não têm impacto financeiro para prestadores ou, em algumas situações, até os beneficiam, a estrutura de incentivos pode distorcer as decisões dos agentes<sup>53</sup>. Ademais, a solicitação de maior número de procedimentos, incluindo aí os de maior complexidade, pode se justificar pelo intuito de conclusões mais rápidas, a fim de se reduzir o tempo da consulta<sup>54</sup>.

91. A questão do risco moral em mercados de saúde suplementar é tão grave que, em seu artigo de 1963, Kenneth Arrow já acenava a necessidade de controle sobre pagamentos por meio de um terceiro, já que o seguro remove o incentivo por parte de pacientes e médicos em pesquisar por melhores preços e oportunidades<sup>55</sup>.

92. Tais circunstâncias mostram claramente a necessidade de regulação setorial para endereçar as falhas de mercado apontadas, especialmente quando a ANS pode cumprir o papel de terceira parte, a fim de assegurar um maior equilíbrio entre os preços e os custos, alinhando incentivos e interesses das partes e evitando condutas oportunistas que possam inviabilizar os planos de saúde e o próprio mercado.

---

<sup>51</sup> Op.cit., pp. 59-60.

<sup>52</sup> Op.cit., p. 62.

<sup>53</sup> AZEVEDO et al. Op.cit., p. 7.

<sup>54</sup> AZEVEDO et al. Op.cit., p. 12.

<sup>55</sup> ARROW, Op. cit., p. 962.

## II.3. Os aportes da economia comportamental que igualmente impõem a regulação do mercado de planos de saúde

93. As diversas falhas de mercado apontadas na seção anterior mostram que o mercado de saúde suplementar precisa e depende de uma consistente regulação setorial, uma vez que as graves falhas de mercado que o caracterizam impedem que mesmo a interação entre agentes racionais possa levar a resultados minimamente eficientes, com graves riscos de inviabilizar o próprio mercado.

94. Com efeito, para que o mercado possa funcionar com um mínimo de eficiência, é fundamental ao menos que (i) a probabilidade da necessidade de um tratamento seja conhecida ou passível de ser estimada, (ii) inexista problema substantivo de seleção adversa e (iii) inexista problema substantivo de risco moral, a fim de evitar um sobreconsumo<sup>56</sup>.

95. Acresce que, além das justificativas da regulação setorial para suprir tais falhas de mercado, diversos aportes mais recentes da economia comportamental confirmam a necessidade da regulação para a própria proteção do consumidor. Com efeito, tais estudos colocam em xeque o paradigma de racionalidade do *mainstream* econômico – o chamado *homo oeconomicus* –, salientando todas as limitações de racionalidade e de vontade que caracterizam os seres humanos.

96. De acordo com Thaler e Sunstein, em razão de tais limitações, as pessoas podem até fazer boas escolhas em contextos nos quais têm experiência, boa informação e um *feedback* pronto. Entretanto, precisam de alguma ajuda ou “empurrãozinho” – *nudges* – quando os processos de escolha são difíceis, infreqüentes e oferecem um *feedback* pobre, assim como nas decisões cujos efeitos serão verificados a longo prazo, situações em que os custos e benefícios de suas decisões são separados no tempo<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> SOUZA, Rodrigo Mendes Leal de. O mercado de saúde suplementar no Brasil: regulação e resultados econômicos dos planos privados de saúde. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. pp. 55-56. <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2014/RodrigoMendesLeal.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

<sup>57</sup> THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, 2008.

97. É precisamente esse o caso do mercado de saúde suplementar, em que as escolhas dos usuários enfrentam todas as dificuldades acima mencionadas. Afinal, mesmo que conheçam razoavelmente o seu estado atual de saúde, dificilmente os consumidores têm ideia do que isso representa em termos de necessidades de tratamentos de saúde mesmo no presente. Com maior razão, terão inúmeras dificuldades de estimar e projetar cenários futuros sobre suas necessidades e demandas, ainda mais para efeitos de enfrentarem todos os desafios de celebrar um contrato cativo, incompleto e de longo prazo.

98. Aliás, cumpre ressaltar que tal dificuldade existe até mesmo por parte das operadoras de saúde, motivo pelo qual a coletivização decorrente da mutualização, como já se viu, é uma forma de superar as incertezas individuais de cada segurado.

99. Diante das características do mercado de saúde suplementar, não é propriamente uma surpresa que Thaler e Sunstein tenham tratado do referido mercado, mais especificamente ao abordar o programa americano *Medicare Part D*, para cobertura de prescrições de medicamentos<sup>58</sup>. Como o referido programa contava com um total de 46 planos diferentes que poderiam ser escolhidos, o resultado foi de que, na maioria das vezes, os idosos não conseguiram escolher planos adequados.

100. A razão para isso, como também aponta Daniel Young, é que as pessoas enfrentam grandes dificuldades para fazer decisões probabilísticas, como as que são necessárias para fazer escolhas eficientes sobre saúde suplementar<sup>59</sup>. Além de as escolhas relacionadas a assuntos de saúde dependerem de vários fatores – como nível de educação, status socioeconômico e estilo de vida –, os indivíduos costumam ter muitas dificuldades para identificar suas próprias preferências e as escolhas que maximizarão suas utilidades futuras, pois tendem a minimizar os custos futuros das decisões presentes.

101. Por essas razões, vários estudos têm demonstrado que, para que o consumidor possa efetivamente fazer melhores escolhas no

---

<sup>58</sup> THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, 2008.

<sup>59</sup> YOUNG, Daniel. Curing What Ails Us: *How the Lessons of Behavioral Economics Can Improve Health Care Markets*. Yale Law & Policy Review. v. 30, n. 2, pp. 461-502, 2012.

mercado de saúde suplementar, há necessidade de simplificação e redução de alternativas, devendo o Estado atuar para limitar radicalmente as possibilidades de escolha do consumidor<sup>60</sup>. É como se houvesse o reconhecimento de que, nesse tipo de mercado, “menos é mais”, a fim de evitar fenômenos como a fatiga decisória (*decision fatigue*)<sup>61</sup>.

102. Tal simplificação projeta-se igualmente no âmbito informacional, pelo menos sob a ótica do consumidor. Nesse sentido, há estudos que apontam que os consumidores devem ter acesso somente às informações mais importantes sobre o seu plano, a fim de facilitar o seu processo de escolha<sup>62</sup>. Outros estudos mostram que a padronização de opções de planos de saúde é também recomendável por tornar mais fácil a comparação entre as diferentes alternativas de que dispõem os consumidores, facilitando a sua escolha<sup>63</sup>.

103. Não é sem motivo que Cass Sunstein enfatiza o caráter por vezes extremamente oneroso da tomada de decisão, tendo em vista especialmente os contextos nos quais há grande assimetria de informações<sup>64</sup>. Daí asseverar o autor que a criação de normas ou decisões padrão por terceiros com maior capacidade de tomar uma decisão informada, notadamente quando estes terceiros são munidos de maior quantidade de informações e/ou exercem sua função de maneira imparcial<sup>65</sup>.

104. Cabe notar que, em linhas gerais, conceder uma opção padrão não significa que os beneficiários não devam ter a oportunidade de afastá-la (*opt out*), porém evidentemente arcando com os custos e

---

<sup>60</sup> YOUNG, Op. cit.

<sup>61</sup> RICE, Thomas. *The behavioral economics of health and health care. Annual Review of Public Health*. B. 34, pp. 431-447, mar. 2013.

<sup>62</sup> RICE, Op. cit.

<sup>63</sup> ERICSON, Keith Marzilli; SYDNR, Justin. *The questionable value of having a choice of levels of health insurance coverage*. *Journal of Economic Perspectives*. v. 31, n. 4, pp. 51-72, 2017.

<sup>64</sup> Ver: SUNSTEIN, Cass R. *boosing not to choose. Duke Law Journal*. v. 64, n. 1, pp. 1-52, 2014.

<sup>65</sup> SUNSTEIN, Op. cit., p. 52.

consequências dessa decisão<sup>66</sup>. Em síntese, segundo o autor, nas situações em que o poder de escolha é delegado a um terceiro que cria um regime padrão, custos relacionados à possibilidade de erro ou mesmo custos relacionados à própria decisão, de tal maneira a potencialmente incrementar o bem-estar dos usuários.

105. Diante, portanto, de tantas dificuldades enfrentadas pelos consumidores em tal mercado, é inequívoca a necessidade da regulação setorial para endereçar tais pontos e assegurar a efetiva proteção do consumidor. Como se verá adiante, o próprio Rol da ANS não deixa de ser uma opção padrão, que prevalecerá sempre como piso obrigatório de cobertura (opção *default*), nada impedindo que o segurado resolva aumentar a cobertura, assumindo as repercussões econômicas da sua escolha.

#### **II.4. Necessidade, complexidade e imprescindível deferência à regulação setorial no mercado de planos de saúde**

106. Como se pode observar pelas seções anteriores, o mercado de saúde suplementar apresenta inúmeras complexidades e características que o distinguem de todos os demais setores da economia<sup>67</sup>. Por qualquer ângulo pelo qual se veja o problema do mercado de saúde suplementar, a conclusão é no sentido de que a regulação é imprescindível.

107. Estudo divulgado pela IBM, *HealthCare 2015*, indica que muitos serviços de saúde do mundo se tornarão insustentáveis caso não reformulem o modo como são financiados, prestados e avaliados<sup>68</sup>. Portanto, o que se está a discutir diz respeito à própria preservação de mercado que, apesar de tão necessário e importante para a vida das pessoas, apresenta inúmeros desafios para a sua própria sobrevivência.

108. Consequentemente, seja para assegurar o interesse público e a proteção da coletividade por meio da mutualização, seja para sanar

---

<sup>66</sup> SUNSTEIN, Op. cit., p. 33.

<sup>67</sup> Ver MEDEIROS, Op. cit., pp. 32-33.

<sup>68</sup> IBM. *Healthcare 2015: win-win or lose-lose? A portrait and a path to successful transformation*. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/wire321/healthcare2015-white-paper>. Acesso em: 20 jan. 2021.

as falhas de mercado, seja para resolver os problemas da contratação apontados pela economia comportamental, é necessária uma clara política de saúde suplementar, com critérios consistentes, a fim de assegurar que o mercado possa funcionar, harmonizando os interesses de usuários, operadoras e médicos e prestadores de serviços de saúde.

109. Sob a ótica dos custos de transação, *na ausência de regulação, geram custos intangíveis e custos administrativos maiores que os necessários devido aos esforços das operadoras de filtrar os riscos com margem de segurança estatística bem acima do razoável*<sup>69</sup>.

110. Como se sabe desde a obra de Coase<sup>70</sup>, não são apenas os preços finais de produtos e serviços que direcionam a conduta dos agentes econômicos, mas também os custos de transação, que incluem, dentre outros, os custos de informação, os custos de negociação, os custos da celebração dos contratos, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato e os custos de execução do contrato. Pelas falhas de mercado já indicadas na seção anterior, que elas potencializam e aumentam consideravelmente os custos de transação.

111. Também sob a ótica da economia neoinstitucional, a conclusão a favor da regulação é clara. Afinal, nos termos da lição de Williamson, três fatores criam grandes dificuldades para que uma transação seja estabelecida exclusivamente pelo mercado: alto grau de incerteza, conduta oportunista e racionalidade limitada dos agentes. Como todos esses fatores estão presentes no mercado de saúde suplementar, a regulação não é mera alternativa ao mercado, mas sim ferramenta para melhorar as instituições que permitem aos participantes completarem as transações<sup>71</sup>.

112. A regulação do setor, nesse sentido, serve fundamentalmente para equacionar os interesses e incentivos envolvidos e, em última análise, para mitigar os riscos de oportunismo que, em última análise,

---

<sup>69</sup> MEDEIROS, Márcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Economia. Universidade de Brasília, Brasília: UnB, 2010. p. 21.

<sup>70</sup> COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

<sup>71</sup> WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Free Press, New York, 1985.

podem desequilibrar todo o modelo de negócio, especialmente diante das fortes assimetrias de informação e riscos de agência que marcam o mercado.

113. Isso porque, diante de todas essas falhas de mercado, as ações livres dos agentes envolvidos não são capazes de fornecer sinais suficientes para garantir escolhas adequadas, na medida em que muitas vezes estão sujeitos a incentivos perversos que, em prol do bem-estar individual, impelem os sujeitos a ignorar a lógica coletiva dos planos de saúde em prejuízo do bem-estar coletivo<sup>72</sup>.

114. Essa é a razão da necessária regulação da ANS sobre os aspectos fundamentais do mercado, o que vem sendo feito com sucesso. Ao examinar a questão pormenorizadamente, Márcio Medeiros conclui, por exemplo, que, apesar das dificuldades, é de se notar o esforço em se criar um ambiente negocial marcado por regras claras<sup>73</sup>.

115. Não se pode esquecer, nesse ponto, que a delegação de autoridade normativa às agências reguladoras – seja pelo legislador, seja pela Administração Pública – é motivada por características peculiares, como a capacidade de agir em diversas frentes (normativa, sancionatória etc.), a capacidade técnica altamente especializada, a permeabilidade perante os interesses dos regulados e dos potenciais beneficiários da sua atuação, a processualidade (voltada a assegurar os direitos dos administrados de maneira equânime) e a independência<sup>74</sup>.

116. Todos esses aspectos mostram a necessária deferência que se deve ter à regulação, uma vez que ela é estabelecida diante de uma série de análises complexas e que têm por premissa básica preservar o mutualismo.

117. Prevalece aqui o raciocínio do Ministro Fux por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.083.955, quando afirmou o que denominou por *dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras*<sup>75</sup>. Segundo a decisão do Supremo

---

<sup>72</sup> Ver: MEDEIROS, Op. cit., pp. 31-32.

<sup>73</sup> MEDEIROS, Op. cit., p. 63.

<sup>74</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 53-69.

<sup>75</sup> STF, Ag. R. no RE 1.083.955, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 28.05.2019, publ. 07.06.2019.

Tribunal Federal, *A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos*<sup>76</sup>.

118. O dever de deferência em questão, assim, é devido em virtude de dois fatores principais: *(i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa*<sup>77</sup>.

119. Em outras palavras, o próprio Supremo Tribunal Federal não apenas reconhece a autoridade das agências reguladoras, mas sobretudo a necessidade de observância de normas regulatórias em virtude de sua especialização e do fato de que decorrem de percepção sistêmica dos mercados, diferentemente do que ocorre no Judiciário ao tratar de questões relacionadas a mercados regulados.

120. Soma-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal o já mencionado fato de que o ordenamento brasileiro optou por modelo regulatório no qual as decisões sobre determinados setores da economia são delegadas a agências reguladoras em virtude de sua expertise sobre cada um desses segmentos de mercado.

121. Dessa maneira, não parece razoável que o Judiciário intervenha sobre a política regulatória do setor de saúde suplementar quando há agência reguladora que o faça, especialmente quando não há indícios técnico-científicos de que o modelo em questão se encontraria equivocado e, ainda se houvesse, o esforço a ser feito seria no sentido de modificar a regulação, e não de ignorá-la.

122. Diante das evidências de que a regulação setorial tem sido feita de forma neutra, transparente e com algo rigor metodológico, com vários canais para a revisão oportuna e para a incorporação de novas tecnologias, não há qualquer razão para interferir no referido procedimento.

---

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> Idem.

### **III. A lista obrigatória e taxativa da ANS como solução regulatória idônea para resolver os maiores problemas do mercado de planos de saúde**

#### **III.1. O rol taxativo da ANS no contexto da regulação dos procedimentos de saúde**

123. A estabilidade dos mercados, quaisquer que sejam, exige o compartilhamento de assunções e expectativas quanto ao seu modus operandi, o que pode ser obtido ou em virtude de longo tempo de convivência entre as partes (cujo comportamento tenderá a se estabilizar nos seus padrões de conduta) ou mediante a observância de normas formais que governam mesmo interações completamente novas<sup>78</sup>.

124. Daí a relevância da regulação e da construção institucional dos mercados, que buscam superar a incapacidade de os agentes autonomamente estruturarem as regras aplicáveis a si próprios e superarem os elevados custos de transação (especialmente em virtude de assimetrias de informação) e as incertezas oriundas das dificuldades de ação coletiva em virtude dos interesses conflitantes entre agentes submetidos a incentivos distintos<sup>79</sup>. É necessário, portanto, que a regulação estruture as regras do jogo do mercado para que este não seja erodido por condutas que desviam o sistema de seus objetivos fundamentais.

125. Diante dos inúmeros e graves problemas do mercado de saúde suplementar, a ANS normatiza planos de saúde inclusive pela construção, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.656/1998, de um plano-referência de assistência à saúde que traga os elementos mínimos a serem observados pelos contratos para que, de um lado, sejam atendidos os interesses dos consumidores e, de outro, se mantenha a capacidade de cálculo econômico-atuarial das operadoras de planos de saúde.

126. Dessa maneira, a regulação setorial conta com diversas diretrizes voltadas tanto a garantir a solvência das operadoras e a sua capacidade de adequado equacionamento do risco quanto a assegurar

---

<sup>78</sup> FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: an economic sociology of twenty-first-century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 27.

<sup>79</sup> FLIGSTEIN, Op. cit., p. 28.

proteção mínima aos usuários, como por exemplo: (i) limitações quanto às regras de cálculo do prêmio; (ii) preços mínimos de comercialização do plano (de modo a evitar a assunção de riscos excessivos); (iii) a inclusão de cobertura obrigatória e limites máximos de carência; (iv) exigência de capital mínimo; (v) provisões de risco; (vi) provisão para eventos ocorridos e não avisados previamente; (vii) margem de solvência<sup>80</sup>.

127. Este é um dos motivos, aliás, pelo qual o Rol da ANS é necessariamente taxativo, já que permite às operadoras que conheçam e calculem os riscos a que se submetem e, consequentemente, que adequadamente precifiquem seus contratos. Assim, *Fosse o rol exemplificativo, a todo momento poder-se-ia demandar a cobertura de novo procedimento ou evento, o que impediria o conhecimento, pela operadora, dos riscos a serem suportados e, consequentemente, a fixação prévia do preço a ser cobrado dos usuários, a gerar insuportável insegurança jurídica, senão a própria inviabilidade do setor*<sup>81</sup>.

128. Daí a necessidade de criação de procedimento padronizado e objetivo para a atualização do Rol da ANS, de maneira a conferir mínimo grau de previsibilidade e consistência ao sistema de saúde suplementar. A Resolução Normativa ANS nº 439/2018, nesse sentido, é o ato normativo responsável por regular o procedimento de atualização periódica do rol da ANS, dispondo que os ciclos de atualização ocorrerão a cada dois anos (art. 3º) e que o processo de atualização terá como diretrizes (art. 4º): (i) a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; (ii) as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; (iii) o alinhamento com as políticas nacionais de saúde; (iv) a utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS; (v) a observância aos princípios da saúde baseada em evidências - SBE; e (vi) a manutenção do equilíbrio econômico- financeiro do setor.

129. A atualização do Rol da ANS, por conseguinte, não decorre do juízo subjetivo de um profissional ou outro, mas da utilização de

---

<sup>80</sup> Nesse sentido: RAGAZZO; MACHADO, Op. cit.

<sup>81</sup> 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. v. 23, pp. 175-191, jan./mar. 2020. p. 188.

mecanismos de medicina baseada em evidências, notadamente mediante a apresentação de evidências científicas relativas à eficácia, efetividade, acurácia e segurança da tecnologia em saúde proposta, comparadas às tecnologias alternativas em saúde, por meio de apresentação de revisão sistemática ou parecer técnico-científico - PTC, desenvolvido de acordo com a edição atualizada das diretrizes metodológicas de elaboração de PTC e de revisão sistemática e metanálise de estudos, publicadas pelo Ministério da Saúde (art. 8º, XIV, da RN 439/2019).

130. Isso porque, contrariamente ao médico assistente, a ANS analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários<sup>82</sup>. A atividade de prestação de planos de saúde está baseada, tal qual os seguros<sup>83</sup>, na análise de conjuntos massivos de informações sobre uma população heterogênea que, porém, por força do mencionado princípio do mutualismo, será sujeita a uma cobertura homogênea sobre determinados riscos sobre os quais se tem um conjunto minimamente razoáveis de informações. Portanto, a sustentabilidade económica da atividade do segurador está intimamente ligada à sua possibilidade de avaliar correctamente o risco a cobrir<sup>84</sup>, isto é, o contrato de seguro e o de plano de assistência em saúde estão baseados, em última análise, na gestão de assimetrias informacionais por intermédio do equilíbrio atuarial.

---

<sup>82</sup> TERRA, Op. cit., p. 188.

<sup>83</sup> A semelhança entre contratos de seguro e de plano de saúde é bem ilustrada por José Reinaldo de Lima Lopes, segundo o qual os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes do contrato de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de modo semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição (LOPES, José Reinaldo de Lima. **Consumidores de seguros e planos de saúde**. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31).

<sup>84</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *Da assimetria informativa ao excesso de informação: a proteção da reserva da vida privada da pessoa segura, no tocante à informação relativa à sua saúde*. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

131. Dessa maneira, o Rol não deixa de ser importante instrumento de incorporação de novas tecnologias, sempre pautadas pela visão científica que norteia o procedimento da ANS. Como bem ressaltou o voto do Ministro Salomão no processo em referência, a atividade da ANS na elaboração de seu Rol passa por procedimento complexo, baseado nas melhores práticas e diretrizes técnicas aplicáveis ao setor, bem como os principais princípios de avaliação de tecnologias em saúde e os preceitos da medicina baseada em evidências, e, ainda, o objetivo de resguardar-se o equilíbrio econômico-financeiro do setor.

132. Assim, a sistemática constitucional, legal e regulamentar que rege os planos de assistência em saúde está centrada na necessidade de mitigação de determinadas sanções e de promoção de determinados valores fundamentais no âmbito da prestação de serviços de saúde por agentes privados. Pilar fundamental da gestão dessas tensões, consequentemente, é a manutenção do sistema mediante a criação de elementos objetivos que permitam às operadoras de planos de saúde efetivamente gerir os riscos de agência e as assimetrias informacionais existentes ao sistema, ao mesmo tempo em que se concede aos consumidores um conjunto de elementos de cobertura que atendam às suas necessidades básicas, sem prejuízo da contratação de outros planos de saúde mais abrangentes que, por força de disposição contratual, abranjam procedimentos não previstos no Rol taxativo da ANS.

133. Para que isso ocorra, a regulação precisa encontrar um delicado equilíbrio entre as informações médico-científicas e seus impactos econômico-financeiros. Afinal, a realização do direito à saúde envolve custos e estes precisam ser racionalizados, sob pena de o mercado não conseguir funcionar eficientemente ou, em casos extremos, nem mesmo poder existir.

### **III.2. Transformando incertezas em riscos administráveis: o rol taxativo como requisito fundamental para assegurar a previsibilidade mínima necessária a qualquer atividade empresarial**

134. Evidentemente que a proteção do consumidor ocupa papel central na lógica da regulação. Porém, a normatização do setor exige também especial atenção à higidez do próprio sistema, baseado não

apenas em interesses e necessidades individuais, mas sobretudo no interesse coletivo de incrementar níveis de bem-estar a preços minimamente razoáveis<sup>85</sup>.

135. Diante disso, à luz dos principais subsídios da teoria econômica para a compreensão de contratos de plano de saúde, a taxatividade do Rol da ANS é fundamental para manter a lógica econômica aplicável aos aludidos contratos e, por conseguinte, possibilitar a manutenção do sistema de saúde suplementar como um todo.

136. Se atividade empresarial é assunção de riscos – e não propriamente de incertezas -, é imperioso que a regulação assegure que as incertezas inerentes ao mercado de saúde complementar sejam convertidas em riscos minimamente previsíveis, administráveis e controláveis. Daí a importância chave do mutualismo, pois, como já se viu, é o mecanismo que permite que as incertezas individuais sejam transformadas em um risco coletivo suscetível de gerenciamento.

137. É importante notar que a existência de um rol obrigatório de procedimentos e a ausência de limites à utilização de tais procedimentos, ainda que apresentem justificativas idôneas sob a perspectiva de proteção do consumidor, impõem um considerável aumento de custos aos planos de saúde e ainda deixam expostos os problemas de seleção adversa e risco moral, como atestam Azevedo *et al*<sup>86</sup>:

*O estabelecimento de cobertura mínima, com o estabelecimento de Rol de Procedimentos, favorece o consumidor ao contornar em grande parte o problema de assimetria de informação entre OPS e beneficiário. Contudo, o outro resultado é o aumento da estrutura de custos e da sinistralidade das operadoras, o que decorre dos seguintes motivos. Em primeiro lugar, o próprio processo de inclusão de procedimentos no referido Rol pode implicar despesas mais elevadas, especialmente se envolver novas tecnologias, exames e tratamentos mais complexos e custosos. Em segundo lugar, a cobertura mínima favorece o risco moral, havendo um conjunto mais amplo de serviços que podem ser utilizados desnecessariamente. Por fim, é eliminado*

---

<sup>85</sup> Ver: RIBEIRO, Amadeu Carvalhares. *Direito de seguros*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 93-137.

<sup>86</sup> AZEVEDO et al, Op. cit., p. 21.

*um importante elemento de seleção de risco que dirimia a seleção adversa: sem cobertura mínima, cada beneficiário poderia indicar, antes da contratação, os serviços que intencionava utilizar. Tais elementos, em conjunto, acabam por impactar a estrutura de risco das operadoras, aumentando custos (Vianna, 2003).*

138. No mesmo sentido, adverte Márcio Medeiros<sup>87</sup>:

*O arranjo regulatório adotado pela ANS alterou profundamente a estrutura do risco das operadoras ao introduzir a obrigação de oferecer um pacote mínimo de benefícios. As operadoras perderam a possibilidade de diminuir os efeitos da seleção adversa, pois não podem mais criar classes de usuários de acordo com a cobertura oferecida (Vianna, 2003). A ampliação de cobertura de procedimentos aos beneficiários elevou o preço dos planos e seguros, mudando a distribuição de risco do mercado com aumento de demanda do grupo de alto risco e redução da demanda do grupo de baixo risco. Chollet, Kirk e Simon (2003) ressaltam que esse tipo de regulação impacta na concentração do mercado, pois gera saída das pequenas empresas, reduzindo a concorrência e promovendo a elevação de preços.*

*Vianna (2003) indica que a nova estrutura de risco conduziu às operadoras a pelo menos três estratégias: I) aumento de preços, II) diminuição do custo operacional e III) diminuição do risco da carteira. O aumento de preços retira a possibilidade de grande parte da população contratar esse tipo de serviço, sobrecregendo o SUS.*

139. Se, além de ser obrigatório, o Rol ainda for considerado exemplificativo, o resultado disso é a obrigação de cobertura universal e ilimitada, o que, além trazer aumento exponencial de custos relacionados à inclusão de procedimentos inicialmente não previstos, impossibilita a previsibilidade mínima que é indispensável para os cálculos atuariais que assegurarão o mutualismo.

140. Sob essa perspectiva, o rol taxativo da ANS é uma ferramenta para viabilizar o mutualismo, preservando o interesse público que caracteriza o mercado de saúde suplementar, não apenas para o fim de tornar possível a existência do próprio mercado, como também para tentar racionalizar custos e possibilitar preços acessíveis, a fim de disponibilizar o serviço para o maior número possível de pessoas.

---

<sup>87</sup> MEDEIROS, Op. cit., p. 66.

141. Com efeito, as operadoras não têm como calcular o seu risco e especificarem seus serviços se não souberem de antemão os procedimentos a que estarão incluídos na cobertura securitária. Isso é particularmente grave quando se sabe que pode haver grandes divergências na literatura médica sobre a eficácia de determinados procedimentos, além da necessidade de que estes sejam vistos igualmente sob o aspecto da sua viabilidade econômica.

142. Não se pode esquecer que os contratos de seguro – incluindo os contratos de assistência em saúde – partem de uma técnica específica com importante substrato econômico, assentando-se na mutualização ou *combinação dos riscos entre um grande número de unidades de exposição homogêneas*<sup>88</sup>. Assim, considerando que a técnica securitária consiste na combinação dos riscos de um conjunto de sujeitos no patrimônio do segurador, nessa técnica, *para estabelecer antecipadamente o seu custo de produção, o segurador necessita de conhecer também antecipadamente a distribuição das probabilidades das ocorrências em causa. Serve-se, para tal, da estatística, utilizando o cálculo das probabilidades para aferir da frequência e do custo médio dos acontecimentos passados*<sup>89</sup>.

143. De acordo com Walter Polido, nesse sentido, *Sem ele, o fundo de mutualidade, não existe seguro, e qualquer situação semelhante que se pretenda criar certamente estará sendo construída sobre outras bases que não as do seguro. Através de reservas econômicas e matemáticas, riscos são protegidos coletivamente*<sup>90</sup>. Dessa maneira, os encargos e desequilíbrios eventualmente oriundos de contratos individuais, por força do mutualismo, impactam no grupo segurado como um todo, de tal maneira a produzir um desequilíbrio generalizado que, na medida em que subverte os cálculos econômico-

---

<sup>88</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 153. No mesmo sentido: *Mediante o exame da ocorrência de um determinado sinistro em uma pluralidade de casos submetidos aos mesmos riscos, em um determinado espaço de tempo, a seguradora pode calcular (mediante tabelas de previsão) qual o volume dos sinistros prováveis que ocorreriam naquele agrupamento, com isso estabelecer o montante provável de indenizações e, com base neste montante, estimar qual o montante dos prémios a serem rateados pelos segurados* (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 271).

<sup>89</sup> MARTINS, Op. cit., 2010, p. 154.

<sup>90</sup> POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. p. 92.

atuariais que fundamentam os contratos de assistência em saúde, inviabiliza a rede de contratos como um todo<sup>91</sup>.

144. A mera possibilidade de que o Rol da ANS seja questionado em termos da sua taxatividade já é potencialmente danosa para o mutualismo. Porém, o dano se intensifica quando se observa que, para superar a taxatividade do Rol, é necessário ingressar em discussão cujos parâmetros são extremamente complexos e fluidos, o que implica abrir mão por completo de qualquer tentativa de previsibilidade, submetendo a atividade respectiva à mais completa incerteza, com todas as distorções daí decorrentes.

145. Mais do que isso, o dano se intensifica quando se está diante de cenário em que vários procedimentos médicos, embora possam ser cientificamente justificáveis, custam fortunas e são manifestamente inviáveis do ponto de vista econômico, ainda mais quando se pensa sob a ótica da coletividade. Pode-se mencionar, nesse sentido, recente e rumorosa decisão do STJ no sentido de determinar ao Ministério da Saúde que custeasse o *medicamento mais caro do mundo* (orçado em cerca de 12 milhões de reais) em virtude da necessidade de tratamento de um bebê portador de atrofia muscular espinhal<sup>92</sup>.

146. Evidentemente que a saúde individual é relevante, porém o caráter proibitivo do custo do medicamento subverte qualquer princípio de planejamento ou de política pública de saúde, sobretudo se tal decisão for analisada sob a ótica utilitarista das “escolhas trágicas”. Ao autorizar-se desembolso milionário em benefício de uma pessoa, prejudica-se milhares de pessoas que deixaram de usufruir de tratamentos, centros de saúde, internações, dentre outros serviços de saúde que os valores em questão poderiam custear.

147. E os efeitos regressivos de tais soluções são evidentes, porque normalmente beneficiam quem têm mais condições financeiras – inclusive de ter acesso ao Judiciário – e prejudicam os menos favorecidos.

---

<sup>91</sup> Ver, nesse sentido: TERRA, Op. cit., p. 183.

<sup>92</sup> Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06102020-Relator-determina-que-Ministerio-da-Saude-complete-valor-de-remedio-milionario-para-tratamento-de-bebe-com.aspx>. Acesso em: 20.01.2021.

148. Não é sem razão que o procedimento do Rol é extremamente complexo e delicado, envolvendo a participação da comunidade científica e de importantes atores governamentais e sociais. Não se trata aqui da opinião individualizada, mas de uma deliberação coletiva e informada que busca o delicado equilíbrio entre procedimentos que sejam viáveis do ponto de vista técnico e econômico.

149. A complexidade do procedimento é destacada pela própria ANS em sua manifestação como *amicus curiae*:

*Trata-se, como cediço, de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia.*

150. Suplantar o procedimento perante a ANS, assim, significaria, em última análise, afastar o próprio fundamento de legitimidade da atuação das agências reguladoras – sua expertise técnica e sua capacidade de analisar científica e holisticamente questões relacionadas às políticas públicas de saúde –, que ocorre em etapas perfeitamente adequadas, inclusive no tocante ao tempo, às demandas de validação dos procedimentos a serem incluídos no Rol, como bem reconheceu o DPDC nos autos em referência:

*Em relação à celeridade, o prazo de dois anos parece adequado às exigências de produção de evidências científicas e econômicas a respeito de determinado procedimento, garantindo-se a adoção apenas daqueles que demonstrem apresentar benefícios para o beneficiário/consumidor sem significar um custo incompatível com a manutenção do plano de assistência que garantirá sua saúde em outras ocasiões.*

151. Ir contra a taxatividade de tal Rol não é apenas ir contra à necessária deferência em relação à regulação. É possibilitar que juízos extremamente complexos – como o da viabilidade técnica e econômica de determinados procedimentos – sejam feitos por quem

não detém todas as informações e conhecimentos necessários. O ponto será mais bem explorado adiante, mas é aqui adiantado para se mostrar o quanto isso torna imprevisível e até mesmo impossível a manutenção do mercado de saúde suplementar.

### III.3. Endereçando as falhas de mercado e as dificuldades dos consumidores: o rol taxativo e obrigatório como solução para atenuar falhas de mercado e dificuldades dos consumidores

152. Além da necessária preocupação com a previsibilidade necessária aos cálculos atuariais que assegurarão o mutualismo inerente aos planos de saúde, o rol taxativo da ANS também é solução regulatória eficaz para endereçar diversas consequências econômicas relevantes que estão diretamente relacionadas à lógica do mercado securitário e de planos de saúde.

153. Diante das dificuldades do mercado de saúde suplementar, em estudo do Banco Mundial, Paolo Belli, ao ventilar opções regulatórias para lidar com as falhas de mercado de saúde suplementar, conclui que a imposição de um contrato padrão com cobertura total (ou seja, para todo e qualquer procedimento e/ou enfermidade, como propõe a jurisprudência da Terceira Turma do STJ) causaria *instabilidade crônica no mercado, na medida em que os competidores disputarão entre si para espalhar o ônus do contrato padrão em um conjunto maior de riscos baixos*<sup>93</sup> (grifou-se). Em outras palavras, tal opção exacerba a seleção adversa. Em sentido semelhante, Neudeck e Podczek asseveraram que essa alternativa *destrói qualquer equilíbrio. Longe de incrementar a eficiência, esta forma de regulação desestabiliza o mercado*<sup>94</sup>.

154. Como se pode observar, diante das dificuldades do mercado de saúde suplementar, não há propriamente solução regulatória perfeita. São tantas as falhas e desalinhamentos de incentivos que o papel da regulação, em muitos casos, será apenas o de endereçar os problemas mais graves, ao menos a fim de assegurar a manutenção do mercado de forma minimamente eficiente.

---

<sup>93</sup> BELLI, Paolo. *How adverse selection affects the health insurance Market. Policy research working paper*. The World Bank. mar. 2001. pp. 27-28.

<sup>94</sup> NEUDECK, Werner; PODCZEK, Konrad. *Adverse selection and regulation in health insurance markets*. Journal of Health Economics. v. 15, pp. 387-408, 1996. p. 399.

155. Existe, portanto, a necessidade de a regulação optar pelo caminho que mais bem administre os interesses e incentivos em conflito, levando em consideração especialmente a lógica econômico-actuarial que guia as operadoras de planos de saúde e, em última análise, viabiliza seu negócio. Daí por que o rol taxativo ainda é considerado a melhor solução regulatória para tais problemas, inclusive sob a ótica da economia comportamental.

156. A tabela a seguir procurará sistematizar as razões pelas quais o Rol taxativo atende, dentro do possível, a todas as finalidades esperadas da regulação, assim como é fator de viabilização da existência do próprio mercado de saúde suplementar:

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar	Funções do rol taxativo
Preservação do mutualismo	O rol taxativo converte incertezas em riscos minimamente previsíveis, calculáveis e administráveis.
Identificação de núcleo obrigatório e mínimo, mas suficientemente abrangente, de procedimentos obrigatórios em prol do bem-estar do consumidor	O rol taxativo permite conciliar o conhecimento técnico com a viabilidade econômica das soluções no plano individual e sobretudo no plano coletivo.  Do ponto de vista procedural, o rol taxativo é elaborado a partir não apenas dos conhecimentos técnicos e econômicos disponíveis, mas também a partir da ampla participação dos atores sociais mais importantes, a fim de se atingir o melhor equilíbrio possível entre o bem-estar do consumidor e a viabilidade do mercado, bem como sua acessibilidade, considerando que se trata de bem essencial.
Incertezas	O rol taxativo possibilita que as operadoras possam calcular o risco e precificar seus serviços. Assim, a solução desta falha de mercado

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar		Funções do rol taxativo
Preservação do mutualismo		converge com o resguardo do interesse público relacionado à preservação do mutualismo.
Assimetria de informação		<p>O rol taxativo da ANS possibilita que ambas as partes tenham as informações fundamentais para a contratação, o que é fundamental para o cálculo de risco das operadoras e a manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial.</p> <p>Do ponto de vista das preocupações de Arrow, o rol é uma forma de resolver o problema da incerteza do produto.</p>
Conflitos de agência		O rol taxativo da ANS reduz consideravelmente as condutas oportunistas por parte de consumidores e prestadores de serviços de saúde.
Seleção adversa		O rol taxativo da ANS reduz o risco potencial que uma cobertura ilimitada levasse a aumentos consideráveis dos preços dos planos de saúde, o que poderia ter como resultado a atratividade apenas de pessoas com alto risco.
Risco moral		O rol taxativo da ANS atenua a sobreprescrição e a sobreutilização de serviços médicos, racionalizando minimamente a demanda e criando um limite objetivo para a contenção do oportunismo excessivo de consumidores, médicos e prestadores de serviços de saúde.
Racionalidade limitada do consumidor		O rol taxativo da ANS acaba simplificando a escolha do consumidor, funcionando como uma adequada opção <i>default</i> , sem prejuízo de que ele poder contratar pacotes mais abrangentes.

157. Como se pode observar, dentro da complexidade que caracteriza o mercado de saúde suplementar, a taxatividade do Rol da ANS endereça adequadamente os principais desafios do mercado, conseguindo, dentro do possível, o alinhamento e o equilíbrio entre os interesses dos três polos envolvidos na discussão.

158. Vale ressaltar que, como opção *default*, assim vista como regra geral dos contratos de planos de saúde, trata-se de alternativa bastante ampla e abrangente, que tende a considerar a totalidade dos procedimentos que atendam aos requisitos de viabilidade técnica e econômica.

159. De toda sorte, é fundamental enfatizar que a flexibilização do Rol da ANS não traz apenas efeitos perversos para a imprevisibilidade do mercado, tal como já demonstrado na seção anterior. Considerando os incentivos nefastos para a sobreprescrição e para a sobreutilização dos serviços de saúde, a ausência do Rol obrigatório permite que se vislumbre um cenário de aumentos crescentes da utilização de serviços médicos sem qualquer forma de controle eficaz, o que: (i) ou levará a um aumento considerável dos preços, de forma a tornar o mercado ainda mais inacessível para uma parcela crescente da população brasileira; ou (ii) acabará por inviabilizar o próprio mercado.

160. Do ponto de vista do consumidor, a flexibilização do Rol obrigatório também é prejudicial, pois acaba igualando a cobertura de todos os planos, o que também se projeta nos preços, impossibilitando que o consumidor tenha acesso a pelo menos algumas alternativas distintas, em que possa sair da opção *default* de cobertura mínima para negociar coberturas mais amplas.

161. Do ponto de vista concorrencial, tal cenário é também preocupante, pois impossibilita a rivalidade entre as operadoras por níveis de cobertura superiores ao básico. Não foi outro o posicionamento da ANS no processo em referência, ao asseverar que:

*Também não é desprezível o risco de que a flexibilização do rol de cobertura obrigatória prejudique o ambiente de concorrência no setor de saúde suplementar. Sabe-se que há uma boa parte de operadoras de plano de saúde em atividade que são de médio ou pequeno porte. É possível que o aumento demasiado nos custos do setor acabe por inviabilizar, num primeiro momento, os modelos de negócio de menor envergadura, do que resultaria uma acentuada concentração de mercado.*

162. Veja-se que a mera existência de um rol obrigatório, embora possa ser justificável à luz da essencialidade do bem objeto do contrato, já reduz significativamente a autonomia privada, impossibilitando ajustes contratuais que pudessem encontrar outras faixas de equilíbrio entre risco e cobertura. Entretanto, se o rol obrigatório além de tudo se torna ilimitado, os efeitos disso são uma equalização completa das operadoras no que diz respeito pelo menos à diversidade dos serviços prestados, com o que se perde importante vetor concorrencial.

163. Ora, como é de saber comum, a concorrência é precisamente o motor que possibilita a maior rivalidade por preços, qualidade e inovação. Há, portanto, um ônus a ser sofrido pela sociedade quando se sufocam possibilidades de rivalidade que poderiam possibilitar arranjos mais eficientes e ajustados aos interesses dos contratantes.

164. Com efeito, por mais que existam dificuldades por parte dos consumidores, a ideia da regulação adequada é a de protegê-los na medida certa, mantendo uma zona de autonomia para que possam encontrar arranjos mais atrativos para eles, ainda que se afastando da solução *default*.

165. Daí a ementa do acórdão salientar que *O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico.*

### **III.4. Manifesta inviabilidade de que complexa e sofisticada solução regulatória, como é o Rol da ANS, seja afastada pela opinião individual de um profissional da saúde**

166. Não obstante os consistentes fundamentos que impõem a observância da obrigatoriedade do Rol da ANS, ainda é importante destacar a manifesta inviabilidade de que decisões com tal grau de complexidade possam ficar sob a competência de apenas um profissional de saúde.

167. Ainda que bem-intencionado e com todo o conhecimento científico necessário para as suas prescrições, a avaliação isolada de um médico não pode se equiparar ao resultado de um trabalho consistente e coletivo, cercado de garantias procedimentais, como é o caso do Rol da ANS.

168. Basta ver que a análise do profissional de saúde, para além de poder ser refutada por evidências científicas e epidemiológicas

que considerem o estado da arte das ciências da saúde, é individual e obviamente não considera as repercussões sociais dela decorrentes, mesmo do ponto de vista exclusivo da medicina.

169. Acresce que os médicos não sofrem as consequências econômicas de suas decisões, transferindo-as integralmente às operadoras de planos de saúde. Em outras palavras, utilizando-nos da terminologia de Taleb<sup>95</sup>, tomam decisões sem estarem com a “pele sob risco”. Daí por que podem nem mesmo considerar a viabilidade econômica dos tratamentos sugeridos, muito menos para efeitos de estimar as consequências sobre o mutualismo inerente aos planos de saúde.

170. A rigor, o médico pode até desconhecer as políticas públicas sobre o setor, assim como desconsiderar que a eficiência no que se refere a custos se apresenta como condição essencial à própria eficácia técnica dos tratamentos prescritos<sup>96</sup>. Dessa maneira, mesmo em uma situação ideal, em que não houvesse conflitos de agência e potencial de risco moral, não seria aconselhável que decisões com esse impacto pudessem ser tomadas isoladamente pelo profissional da saúde. Com maior razão, isso não pode ocorrer diante de um mercado marcado por falhas, em que os prestadores de saúde podem ter incentivos outros que não apenas o bem-estar do paciente.

171. Daí por que é bem questionável o fundamento de precedentes segundo os quais *Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico*. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa *inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo* (grifou-se)<sup>97</sup>.

172. Com efeito, diante das divergências existentes na medicina, não existe nada de errado em tentar criar alguns parâmetros gerais dentro dos quais a discricionariedade médica possa ser exercida. O

---

<sup>95</sup> TALEB, Op. cit.

<sup>96</sup> LABELLE; STODDART; RICE, Op. cit., p. 358.

<sup>97</sup> STJ, REsp 1.769.557, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 13.11.2018.

que não faz nenhum sentido é cogitar de que o médico, em um cenário tão complexo como o da saúde, possa ser visto como um agente cuja opinião seja insusceptível de qualquer tipo de controle.

173. Aliás, a pandemia do coronavírus tem mostrado o grau de divergências existente entre os profissionais da medicina e até mesmo o risco de que vieses políticos e ideológicos possam interferir decisivamente nos diagnósticos. Daí por que processos de deliberação coletiva que busquem determinados consensos em torno dos tratamentos sobre os quais há maior evidência científica são altamente recomendáveis.

174. Com efeito, também segundo as modernas percepções da economia comportamental, especialmente diante da constatação que médicos no mundo real não somente são guiados por racionalidade limitada – de forma que não se pode partir da premissa de que o comportamento dos médicos será sempre mais próximo da racionalidade ou da prudência – como muitas vezes agem de maneira irracional – por exemplo, prescrevendo tratamentos sem eficácia comprovada com base em questões ideológicas<sup>98</sup> ou simplesmente agindo emocionalmente, tocados pela relação pessoal que mantêm com seus pacientes e com a necessidade de aplacar suas preocupações e sua ansiedade<sup>99</sup>.

175. Há pesquisas que demonstram, inclusive, que, quando submetidos a situações delicadas de saúde, pacientes tendem a valorizar muito mais o contato humano com os profissionais que os assistem do que a validade ou a efetividade do método terapêutico em si, assim fazendo com que “métodos alternativos” (isto é, pseudociência) ganhem espaço e paulatinamente conquistem terrenos antes ocupados pela medicina baseada em evidências científicas<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> MCKEE, Martin et al. *Are populist leaders creating the conditions for the spread of COVID-19?* International Journal of Health Policy and Management. V. x, n. x, pp. 1-5, 2020; CASARÓES, Guilherme; MAGALHÃES, David. *The hydroxychloroquine alliance: how far-right leaders and alt-science preachers came together to tout a miraculous drug.* Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/download/82840/78820>. Acesso em: 14 jan. 2021.

<sup>99</sup> Nesse sentido: BARIGOZZI, Francesca; LEVAGGI, Rosella. *Emotions in physician agency.* Health policy. V. 88, pp. 1-14, 2008.

<sup>100</sup> Ver: ROVIRA, Sergi Cortiñas; RAFFIO, Valentina. *The choice of pseudoscientific therapies as an alternative to scientific medicine.* European Journal of Interdisciplinary Studies. V. 3, n. 4, pp. 13-17, set./dez. 2017.

176. Não parece razoável, por conseguinte, reduzir a noção de conhecimento científico ou conhecimento especializado à opinião de um médico assistente, sujeita a todas as contingências e dificuldades que são próprias da ação individual.

177. Dessa maneira, ainda que a opinião subjetiva do médico assistente possa ser convergente ao consenso da comunidade científica, com ela não se confunde. Daí terem concluído Paulo Furquim de Azevedo *et al* que *as entrevistas convergiram na importância de que a medicina seja exercida com base em evidências e resultados mensurados, não apenas na opinião pessoal do profissional*<sup>101</sup>.

178. Não é, portanto, aceitável supor que a opinião do médico assistente seja comparável ao consenso da comunidade científica ou ao conjunto de evidências objetivas compartilhadas que deveriam orientar a ação de profissionais e efetivamente orientam a elaboração e o planejamento de políticas públicas de saúde. Significa dizer que, em que pese a escassez que marca tanto a discussão econômica quanto a gestão de saúde, ignorar os parâmetros estruturados pela regulação significa privilegiar opiniões subjetivas que não estão sujeitas a controle algum e que podem indicar tratamentos sem comprovação de efetividade e que potencialmente requerem grandes montantes financeiros.

179. Dessa maneira, ainda que dispondo de plena informação e sem qualquer incentivo que não seja o melhor atendimento do paciente, o médico simplesmente não tem condições de, unilateralmente, superar o rol taxativo da ANS para sugerir procedimentos nele contemplados.

180. Tal problema aumenta quando se verificam os conflitos de agência e o risco moral inerente a tais situações. Como já se demonstrou a partir da obra de Kenneth Arrow, o médico é verdadeiro “agente” de relação na qual o paciente é o “principal”<sup>102</sup>. Consequentemente, as operadoras de planos de saúde também se sujeitam a esse poder de agência, por mais subjetiva e controversa que seja a opinião do médico assistente.

---

<sup>101</sup> AZEVEDO et al, Op. cit., p. 82.

<sup>102</sup> ARROW, Kenneth. *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. The American Economic Review. V. 53, n. 5, pp. 941-973, dez. 1963. Pp. 961-962.

181. Daí a razão pela qual é fundamental a existência de um “controle institucional direto”<sup>103</sup>. Afinal, os médicos podem gerar o fenômeno denominado “supplier-induced demand”, ou seja, eles podem induzir a demanda, alterando os interesses dos seus pacientes por tratamento médico, tendo em vista o caráter subjetivamente autoritativo de suas opiniões<sup>104</sup>. Não se pode esquecer, aqui, que os problemas de agência decorrem de assimetrias de informação.

182. Dessa maneira, mesmo a partir de uma concepção mais abstrata de análise econômica, é fundamental estabelecer um critério mínimo de controle da atuação do médico. Se é difícil assegurar que ele seja um agente “perfeito” - aquele que toma as mesmas decisões que o paciente tomaria caso tivesse acesso às mesmas informações que tem seu médico<sup>105</sup> - é possível pelo menos reduzir os riscos de oportunismo excessivo que decorrem do risco moral, que é exatamente o que se consegue por meio da taxatividade do Rol da ANS.

183. Aliás, diante do imperativo de manutenção da higidez do sistema de saúde suplementar, é preciso considerar que a estrutura de incentivos que permeia a prestação de serviços de saúde é marcada por uma “trípla estrutura de agência” entre médico, paciente e operadora de plano de saúde (isto é, o “pagador” do serviço de saúde)<sup>106</sup>. Logo, é fundamental equacionar os interesses do player que possibilita financeiramente a prestação do serviço de saúde – as operadoras – com o player que, como agente, indica os tratamentos a que os pacientes deverão ser submetidos<sup>107</sup>.

184. Veja-se que, neste caso, o argumento da sentença do caso concreto é o de que o segurado não pode ficar sujeito ao livre arbítrio das partes ou dos órgãos governamentais (supra, 3). Causa espécie, de um lado, que se considere que a decisão regulatória a respeito do rol

---

<sup>103</sup> ARROW, Op. cit., p. 962.

<sup>104</sup> LABELLE, Roberta; STODDART, Greg; RICE, Thomas. *A re-examination of the meaning and importance of supplier-induced demand*. Journal of health Economics. V. 13, pp. 347-368, 1994. Pp. 349-350.

<sup>105</sup> LABELLE; STODDART; RICE, Op. cit., p. 355.

<sup>106</sup> GREANEY, Thomas L. *Economic regulation of physicians: a behavioral economics perspective*. Saint Louis University Law Journal. V. 53, n. 4, 2009. P. 1191.

<sup>107</sup> GREANEY, Op. cit., pp. 1191-1193.

mínimo (e taxativo) de procedimentos a serem cobertos por planos de saúde consistiria em arbítrio, e, de outro, que se legitimaria o arbítrio do médico assistente, cuja tomada de decisão pode ser influenciada por inúmeras variáveis que não o conhecimento científico, epidemiológico e econômico que guia a regulação do setor. Daí dizer Márcio Medeiros que *as decisões não podem se pautar no parecer de um único médico para fundamentar o tratamento de uma doença, de forma excepcional, rompendo os protocolos de medicina baseada em evidências e a avaliação do custo-benefício de determinado tratamento para o sistema de saúde como um todo*<sup>108</sup>.

185. Em outras palavras, considerar que a palavra do médico é a única a ser considerada para efeitos do gerenciamento dos planos de saúde é inviabilizar todos os objetivos pretendidos pela regulação, como se observa pela tabela a seguir:

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar	Riscos relacionados à prescrição individual do médico
Preservação do mutualismo	A prescrição individual do médico fora do rol taxativo impede a conversão das incertezas em riscos minimamente previsíveis, calculáveis e administráveis.
Identificação de núcleo obrigatório e mínimo, mas suficientemente abrangente, de procedimentos obrigatórios em prol do bem-estar do consumidor	<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo desconsidera o conhecimento coletivo que procura conciliar a viabilidade técnica com a viabilidade econômica das soluções no plano individual e sobretudo no plano coletivo.</p> <p>Ao contrário do rol taxativo, elaborado a partir de cuidadoso procedimento, em que se busca conciliar a regulação por evidências com a participação democrática, o diagnóstico médico, a rigor, não precisa nem mesmo de justificativa mais consistente.</p> <p>Acresce que o diagnóstico médico restringe-se a resolver o problema individual do paciente, sem qualquer preocupação com as dimensões. Macro, com a viabilidade do mercado, bem com a sua acessibilidade, considerando que se trata de bem essencial.</p>

<sup>108</sup> MEDEIROS, Op. cit., pp. 29-30.

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar		Riscos relacionados à prescrição individual do médico
Incertezas		<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo impossibilita que as operadoras possam calcular o risco e especificar seus serviços. Assim, mantém-se falha de mercado que inviabiliza o interesse público relacionado à preservação do mutualismo.</p> <p><i>De acordo com a própria ANS, Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descontina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de especificação.</i></p>
Assimetria de informação		<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo impossibilita que as operadoras tenham as informações fundamentais para a contratação, impossibilitando-as do cálculo de risco imprescindível para a manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial. Mantém-se, pois, grave falha de mercado.</p>
Conflitos de agência		<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo possibilita e incentiva comportamentos excessivamente oportunistas por parte dos médicos, que podem induzir o crescimento da demanda em seu próprio interesse ou no interesse dos prestadores de serviços de saúde a que estão vinculados.</p>
Seleção adversa		<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo, ao gerar forte aumento do risco e dos custos dos planos de saúde, que obviamente são repassados aos preços, tem como consequência tornar os planos atrativos somente para os que têm mais risco, em um ciclo que se retroalimenta e é extremamente perigoso para o mutualismo.</p>
Risco moral		<p>A prescrição individual do médico fora do rol taxativo incentiva a sobreprescrição e a sobreutilização de serviços médicos, impossibilitando qualquer racionalização</p>

Finalidades esperadas da regulação do setor de saúde suplementar		Riscos relacionados à prescrição individual do médico
Risco moral		da demanda e criando um ambiente propício para o oportunismo excessivo de consumidores, médicos e prestadores de serviços de saúde.
Limitações de racionalidade do consumidor		A prescrição individual do médico fora do rol taxativo impede que seja apresentada uma boa opção default para o consumidor, com preços razoáveis, pois gera um aumento tão considerável das incertezas e dos riscos que não haverá opção para a oferta de produtos com custo-benefício. O cenário é, pois, de aumento expressivo e constante dos custos e dos preços dos planos, afastando os consumidores de menor renda do mercado e sobrecarregando ainda mais o SUS.

186. Percebe-se, assim, que admitir que a prescrição individual do médico não apenas não resolve os problemas do mercado de saúde suplementar, como os aumenta, a ponto de, conforme o caso, arriscar a subsistência do próprio mercado. Na melhor das hipóteses, tal cenário possibilitará apenas a permanência de grandes empresas e mesmo assim com grande aumento do preço dos planos, o que reforça todos os problemas econômicos já mencionados, incluindo a seleção adversa.

187. Todos esses fatores mostram que, no caso, há total convergência dos fundamentos econômicos com os fundamentos jurídicos de proteção do consumidor. Na verdade, o entendimento que acolhe a possibilidade de que a decisão de um médico possa se sobrepor à decisão coletiva e regulatória traduzida no Rol da ANS acaba sendo míope, com a ressalva do devido respeito, porque, a pretexto de proteger um consumidor determinado, traz sérios prejuízos à coletividade de consumidores e compromete a subsistência do próprio mercado, aumentando riscos e preços, dificultando o acesso e tendo como consequência inevitável a maior sobrecarga do SUS.

### **III.5. Riscos da excessiva judicialização**

188. Além de todos os problemas já mencionados, a equação econômica dos planos de saúde é desequilibrada por um outro fator que agrava sobremaneira as falhas de mercado: a judicialização, que, ao autorizar a flexibilização do Rol da ANS para que seja considerado exemplificativo em lugar de taxativo, não somente produz de maneira forçosa um modelo de seguro de cobertura completa obrigatória que desequilibra fundamentalmente o mercado como um todo, como premia aqueles sujeitos mais capazes de acessar o sistema Judiciário em prejuízo dos que não o fazem.

189. Nesse sentido, pode-se fazer referência à já antiga discussão sobre a judicialização da saúde no Brasil, na medida em que, segundo estudo do IPEA, *A interpretação do direito à saúde como um direito individual a bens e serviços de saúde de forma ilimitada se sustenta sem a consideração dos princípios constitucionais da universalidade e equidade. Uma vez que os recursos são escassos, a inobservância desses princípios pode resultar em mais um fator de agravamento das iniquidades em saúde no Brasil*<sup>109</sup>.

190. No caso da judicialização de discussões relacionadas a planos de saúde com o intuito de considerar-se o Rol da ANS meramente exemplificativo, a discussão se agrava ainda mais, tendo em vista que se trata de contratos que, embora regulados, são privados, de tal maneira que, em lugar de o Judiciário fazer as vezes de gestor para decidir sobre questões concernentes a políticas e orçamento públicos, coloca-se no lugar do gestor empresarial para alterar essencialmente o cálculo de risco realizado pelas operadoras de planos de saúde para que seu negócio seja economicamente viável.

191. Esse tipo de decisão é grave não apenas por potencialmente afrontar a livre iniciativa e a livre concorrência, mas sobretudo por usurpar a competência do regulador, o que é feito muitos em muitos casos sem considerar os consistentes motivos que impõem o Rol taxativo e muitas vezes a partir da ingênuo premissa de que a prescrição do médico deve ser soberana.

192. Não apenas não se respeita a política pública, como se reforma pontualmente, transformando-a numa colcha de retalhos. Isso porque a intervenção desavisada do Judiciário em setor regulado,

---

<sup>109</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Texto para discussão IPEA. Mar. 2020. P. 38.

marcadamente moldado por decisões de ordem técnica que decorrem de uma visão macro do sistema, adota um ponto de vista individualista que fundamentalmente subverte, sobrecarrega e desequilibra o sistema de saúde suplementar.

193. Modifica-se, por conseguinte, ponto essencial da regulação setorial, de tal maneira que a própria ANS reconhece, na sua manifestação juntada aos autos em referência, que *Trata-se, a rigor, de uma das principais medidas regulatórias manejada pela ANS, senão a maior, em razão dos impactos gerados no ambiente econômico em que projetada.*

194. Não se pode esquecer, nesse ponto, o alerta de Calabresi e Bobbit de que, em situações nas quais se está lidando com escassez, não raro se deve tomar decisões particularmente dolorosas – as chamadas escolhas trágicas – nas quais, diante das condições conjunturais que viabilizam determinado bem da vida (no caso, o sistema de saúde suplementar), é necessário abrir mão de outros cenários possivelmente desejáveis, porém de difícil consecução (no caso, um contexto no qual seria cabível exigir das operadoras de saúde uma cobertura ampla e ilimitada)<sup>110</sup>.

195. Todavia, de nada adianta a regulação se ela vem sendo sistematicamente distorcida pela excessiva judicialização. Afinal, flexibilizar o Rol da ANS não é apenas um controle judicial pontual ou marginal, mas sim a modificação do cerne da regulação setorial, como aponta a própria ANS.

196. Não sem motivo, conforme pesquisa realizada em 2017 pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, no ano em questão foram verificados 12 (doze) bilhões de reais em pedidos de exames laboratoriais não necessários e aproximadamente 15 (quinze) bilhões de reais com fraudes em contas hospitalares, a demonstrar as distorções existentes nos incentivos a que estão submetidos os profissionais e serviços de saúde<sup>111</sup>.

197. A judicialização da saúde atualmente afeta de maneira essencial a definição da amplitude da cobertura de planos de saúde, na medida em que, apesar do cálculo macroscópico realizado pelas operadoras

---

<sup>110</sup> Ver: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. Nova York> W. W. Norton & Company, 1978.

<sup>111</sup> IESS, Op. cit., p. 2.

para modelar seus contratos, subvertem tal cálculo e, a depender do caso, pode até mesmo inviabilizá-lo.

198. Tal contingência é relevante porque *o equilíbrio atuarial das OPS é resultado do cruzamento de dados estruturados sobre a demografia, perfis de morbidade dos usuários, rol de cobertura, localidade geográfica, dentre outros elementos para a prestação do serviço, de sorte que a estruturação e o bom funcionamento do mercado de saúde necessitam de regras claras e bem definidas.* A judicialização da saúde, por conseguinte, *indica uma tendência de discutir problemas do direito à saúde de forma individual sem considerar implicações coletivas*<sup>112</sup>.

199. Da mesma forma que a consideração de todas as variáveis necessárias para a adequada administração de um plano de saúde não poderão ser afastadas pelo médico, também não poderão sê-lo por um juiz, até porque este dificilmente terá como avaliar as repercussões da sua decisão individual sobre a coletividade dos usuários e sobre o mercado como um todo.

200. Isso porque o sistema de saúde suplementar se estrutura a partir de cálculos atuariais baseados no estudo massificado de riscos e, a partir do momento em que o Judiciário começa a agir apenas a partir da lógica de maximização de direitos individuais, sem levar em consideração as consequências coletivas desse tipo de decisão, há considerável risco de o sistema como um todo esfacelar-se.

201. Daí asseverar Bruno Salama que decisões dessa espécie podem produzir verdadeiros efeitos “bumerangue”, de modo que *Para se analisar as repercussões da lei, é preciso olhar para além das consequências para um único indivíduo. Deve-se ter em conta as reações sistêmicas de um grupo ou classe de indivíduos para uma determinada regra jurídica (os chamados efeitos de segunda ordem das regras jurídicas)*<sup>113</sup>.

202. Consequentemente, a judicialização excessiva e sem preocupações com os impactos econômicos no plano coletivo subverte e distorce políticas públicas, privilegiando quem entra em juízo, que as vezes são os que tem mais condições, e sobre carregando todo o restante.

---

<sup>112</sup> MEDEIROS, Op. cit., p. 29.

<sup>113</sup> SALAMA, Bruno. *Estudos em direito & economia*. Curitiba: EVG, 2017. P. 55.

203. Esse ponto é especialmente importante, pois nem sempre os juízes se atentam para o efeito regressivo da judicialização. Segundo Azevedo *et al*, a judicialização tem elevado impacto de custos para o setor (público e privado) e caráter regressivo, tendo em vista que o acesso ao Judiciário é restrito aos agentes com mais renda<sup>114</sup>.

204. É importante ressaltar que os custos e dificuldades decorrentes da judicialização se somam a um mercado complicadíssimo, que potencializa as falhas de mercado já existentes. Acrescentar mais essa contingência a um setor já extremamente complexo e fortemente afetado por incertezas teria o condão de, em última análise, implodir o mercado, quando a regulação serve justamente para diminuir custos de transação e incrementar o bem-estar do consumidor.

205. Vale ressaltar, ainda, que o Rol da ANS já é bastante amplo. Aliás, a literatura confirma que a tendência da ANS de ampliar o rol de eventos cobertos pelas OPS aumenta os custos e emerge um trade-off entre proteção, ampliação de direitos de alguns grupos de consumidores e elevação do patamar de preços dos planos e seguros de saúde, que retira a possibilidade de uma grande parte da população consumir esse tipo de serviço.

206. Com base na literatura a respeito, Márcio Medeiros alerta para o fato de que esse tipo de regulamentação pode alterar a distribuição de risco da população segurada, aumentando a cobertura de grupos e indivíduos de alto risco, mas reduzindo a cobertura entre os grupos e indivíduos de baixo risco em decorrência do novo equilíbrio de preços do mercado, sem impacto significativo na cobertura global<sup>115</sup>.

207. A judicialização desse tipo de questão distorce ainda mais o setor de saúde suplementar e, em última análise, a própria estrutura de conhecimento científico que embasa tanto a medicina quanto a elaboração de políticas públicas, colaborando tanto para a prescrição de tratamentos desnecessários ou injustificados – e, portanto, para o desalinhamento dos riscos geridos pelas operadoras de planos de saúde – quanto para a erosão dos mecanismos de mercado de que dispõem os agentes econômicos do setor.

---

<sup>114</sup> AZEVEDO et al. Op. cit., p. 40.

<sup>115</sup> MEDEIROS, Op. cit., p. 47.

#### **IV. Conclusões**

208. O problema sob exame requer o abandono de visões excessivamente apaixonadas, em que a flexibilização do Rol da ANS é apresentada como uma solução justa para uma suposta disputa entre o usuário que busca o seu legítimo direito à saúde e às operadoras que buscam lucros irrestritos.

209. A obrigatoriedade do Rol da ANS, como se viu, busca alinhar os incentivos e interesses de todos os agentes envolvidos no mercado de saúde suplementar, beneficiando a coletividade dos usuários de planos de saúde, racionalizando e diminuindo os seus custos, com os efeitos positivos de inclusão de novos usuários e desafogamento do SUS.

210. Como se procurou demonstrar:

- Mais do que fortes razões de natureza jurídica e econômica, há fundamentos incontornáveis que impõem o caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, uma vez que a solução contrária é incompatível com o mutualismo e com a própria subsistência do mercado de planos de saúde.
- Não há qualquer razão idônea – tanto sob o ponto de vista técnico, como também sob os pontos de vista jurídico e econômico - que justifique as consequências da prevalência da prescrição do médico assistente em desalinhamento com o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.
- Diante da necessidade de observância da regulação, é legítima a recusa das operadoras em custearem procedimentos não previstos no Rol. Mais do que um exercício regular de direito, trata-se de conduta justificável igualmente à luz dos cuidados necessários para a proteção do mutualismo inerente ao mercado de plano de saúde.
- A intervenção desavisada do Judiciário em setor regulado, marcadamente moldado por decisões de ordem técnica que decorrem de uma visão macro do sistema, adota um ponto de vista individualista que fundamentalmente subverte, sobrecarrega e desequilibra o sistema de saúde suplementar.
- Mais do que isso, a judicialização excessiva e sem preocupações com os impactos econômicos no plano coletivo distorce a política

pública, privilegiando os que entram em juízo, que as vezes são os que têm mais condições financeiras, e sobrecarregando todo o restante, além de gerar expressivos aumentos dos custos dos planos, inviabilizar a expansão do acesso aos serviços e sobrecarregar ainda mais o SUS.

211. É esse o parecer.

Brasília, 20 de abril de 2021.



Ana Frazão

Professora de Direito Civil, Comercial e  
Econômico da Universidade de Brasília – UnB

A 895	Taipei
20:05	CI 642
A 895	Singapore
20:10	Z 7431
Z 7431	Medan
	Est. 20:00
20:15	O 304
A 895	Beijing
J 560	
20:25	Z 7431
A 895	ShanghaiPVG
20:30	K 696
W 1000	Singapore
20:30	Z 7431
E 1000	Brisbane
20:35	R 2805
A 895	Singapore
	Est. 21:15
20:40	Z 3080
	Nanning
20:40	A 895
V 1000	Ho Chi Minh
20:40	Z 7431
U 1000	Taipei
20:45	O 192
A 1000	Macau
20:45	Z 7431
E 1000	Xiamen
20:45	G 697
W 1000	Bangkok
20:50	D 3662
V 1000	Bangkok
20:55	Z 7431
W 1000	Guangzhou
20:55	Z 7431
W 1000	Sydney
21:00	Z 7431
W 1000	Taipei
21:00	Z 7431
W 1000	Taipei
21:00	Z 7431
W 1000	Kuala Lumpur
21:00	Z 7431
W 1000	Singapore

21:10	ShanghaiPVG
21:20	ShanghaiPVG
21:25	Hangzhou
21:30	Taipei
21:30	Sydney
21:40	Kuching
21:40	Clark
21:40	Xiamen
21:50	Macau
21:50	Macau
21:55	Macau
21:55	Kuching
22:00	Macau
22:10	Bangkok
22:15	Taipei
22:15	Tel Aviv
22:20	Taipei
22:25	Singapore
22:25	
22:40	
22:45	
22:45	
22:45	
22:50	



23:00	Amsterdam
23:05	Paris
23:05	Istanbul
23:15	LondonLHR
23:15	Zurich
23:25	LondonLHR
23:30	Munich
23:35	Adelaide
23:40	Cairo
23:40	Dubai
23:40	Los Angeles
23:45	LondonLHR
23:45	Paris
23:45	Johnsbourg
23:50	Johnsbourg
23:55	Sydney
23:55	LondonLHR
23:55	Paris
00:05	Paris
00:15	Auckland
00:25	
00:25	
00:30	
00:30	

20:05	CI 642	Taipei
20:05	A 886	Singapore
	✓ 44444	
	✓ 44444	
20:10	Z 7431	Medan
20:15	O 304	Beijing
	✓ 44444	
20:25	✓ 44444	ShanghaiPVG
20:30	K 686	Singapore
	✓ 44444	
20:30	E 44444	Brisbane
20:35	R 2805	Singapore
20:40	Z 3000	Nanning
20:40	A 888	Ho Chi Minh
	✓ 44444	
20:40	O 192	Taichung
20:45	✓ 44444	Manila
20:45	✓ 44444	Xiamen
20:45	G 687	Bangkok
	✓ 44444	
20:50	D 3802	Bangkok
20:55	✓ 44444	Guangzhou
20:55	E 44444	Sydney
21:00	R 486	Taipei
21:00	A 486	Taipei
21:05	K 679	Kuala Lumpur
21:05	X 107	Auckland
	✓ 44444	
	✓ 44444	

# INTERNACIONAL

# Ciber Crimen en Derecho marítimo

## Los Ciber riesgos: alcances y prevención

**Andrea Signorino Barbat<sup>1</sup>**

### SUMARIO

1 - INTRODUCCIÓN. 2 - APROXIMACIÓN GENERAL. 3 - CIBER RIESGOS Y SU DIMENSIÓN SOCIAL. 3.1 - Ciber riesgos y SU DIMENSIÓN SOCIAL. Un ejemplo en el ámbito marítimo: el WI-FI a bordo. 4 - Ciber riesgos y su DIMENSIÓN FUNCIONAL. Un ejemplo en el ámbito marítimo: los buques autónomos. 5 - CIBER RIESGOS Y SU DIMENSIÓN ÉTICA. La visión de la Unión Europea sobre la Inteligencia Artificial.

### 1 - INTRODUCCIÓN

El presente artículo no pretende ser un enfoque tradicional referido a nuevas tecnologías – si podemos referirnos así en un tema relativamente actual – en el sentido de presentar las tecnologías aplicadas a seguros y al ámbito marítimo, y sus riesgos, o comentar sus virtudes y defectos, o explicar los tipos de Ciber riesgos existentes, sino que pretende aproximar el tema en forma general al lector y reflexionar sobre los Ciber riesgos en sentido amplio.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrados en Gerencia, Habilidades gerenciales y Dirección de personas, Universidades ORT, EDU y Católica del Uruguay. Secretaria General de AIDA World (Association Internationale du Droit des Assurances), Secretaria académica internacional AIDA-Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en AIDA, Vicepresidente Grupo internacional Principios generales del contrato de seguros en AIDA- Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo (ex Presidente). Miembro del IIDM (Instituto Ibero Latinoamericano de derecho marítimo). Secretaria de Wista Uruguay Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay. Directora académica en Universidad de Montevideo. andreasignorino@gmail.com - www.andreasignorino.com.uy

En esta línea, analizaré este tipo de riesgos clasificados metodológicamente en tres dimensiones que he dado en llamar dimensión social, funcional y ética. La dimensión social refiere a los riesgos que las tecnologías y el mundo cibernetico implican para el consumidor – asegurado en el contexto del entramado social –, la dimensión funcional, implica los riesgos que se presentan para las empresas al gestionar las tecnologías, y la dimensión ética, - e tal vez la más trascendente, refiere a los peligros que el Ciber mundo puede generar para las personas en su individualidad, como seres humanos, si los riesgos implicados no son adecuadamente manejados, regulados o contextualizados-.

Aplicado al ámbito marítimo, utilizaré dos ejemplos de las dimensiones de los ciber riesgos: el uso de Wifi a bordo para la dimensión social y el caso de los buques autónomos para la dimensión funcional.

## 2 - APROXIMACIÓN GENERAL

Para poder comprender mejor estas líneas es indispensable comenzar por un aspecto etimológico, ¿qué significa cibernetico?

Como cibernetico designamos todo lo relacionado con la tecnología computacional interdisciplinaria usada para la extensión de las capacidades humanas.

La palabra cibernetico deriva del griego *kybernetes*, que significa “el arte de manejar un navío”. Posteriormente, fue usada por Platón en su obra *La República* para referirse al “arte de dirigir a los hombres” o al “arte de gobernar”.

El concepto moderno de lo cibernetico, tecnología computacional basada en la comunicación humana, fue acuñado por Norbert Wiener (1894-1964) en su obra *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine* (Cibernetica: o control y comunicación en personas y máquinas)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> <https://es.wikipedia.org/wiki/Cibernetica>. Stafford Beer, filósofo de la teoría organizacional y gerencial, de quien el propio Wiener dijo que debía ser considerado como el padre de la cibernetica de gestión, define a la cibernetica como “la ciencia de la organización efectiva”. Según el profesor Beer, la cibernetica estudia los flujos de información que rodean un sistema, y la forma en que esta información es usada por el sistema como un valor que le

Hoy en día, lo cibernético se caracteriza por ser todo lo que se relaciona con la tecnología computacional, especialmente, pero no únicamente, con Internet.

Mucho se está hablando en estos momentos por el mundo, de los Ciber Riesgos o *Cyber Risks*, refiriéndose a los riesgos que acechan en el Ciber espacio.

En especial el tema ha sido analizado con respecto al sistema bancario que sufre muchas pérdidas por estos motivos, pero asimismo, se está hablando fuertemente en el mundo del seguro de estos peligros que acechan, dentro y fuera de la empresa aseguradora.

El tema de los Ciber Riesgos va mucho más allá de la acción de un hacker y se relaciona con actividades informáticas ilegales para sustraer, alterar, modificar, manipular, inutilizar o destruir información o activos, como ser dinero, bonos o bienes inmateriales, información, de las compañías o usuarios afectados, utilizando para dichos propósitos medios electrónicos o dispositivos electrónicos<sup>3</sup>.

Para poder comprender su alcance, debe analizarse el riesgo interno, o sea el que se genera o sufre en la propia persona y empresa, y el riesgo externo o respecto de terceros, la responsabilidad que se genera frente a terceros usuarios o vinculados a los sistemas.

En este contexto se habla del fraude informático, que es uno de los más modernos retos para la protección de las personas y empresas tanto de criminales organizados como ocasionales. El fraude va desde el simple robo de información hasta el robo de identidades, de cuentas en redes, con extorsión y terrorismo cibernético, así como el espionaje corporativo y la responsabilidad por manejo de datos.

Se trata de organizaciones pero también de individuos solitarios, cada vez más sofisticados que ponen en peligro tanto al individuo

---

permite controlarse a sí mismo: ocurre tanto para sistemas animados como inanimados indiferentemente. La cibernética es una ciencia interdisciplinaria, y está tan ligada a la física como al estudio del cerebro como al estudio de los computadores, y tiene también mucho que ver con los lenguajes formales de la ciencia, proporcionando herramientas con las cuales describir de manera objetiva el comportamiento de todos estos sistemas.

<sup>3</sup> Vivas, Gabriel, en su exposición sobre Ciber riesgos en el Curso para APECOSE, Perú, mayo 2019.

como a las empresas, pues hoy todos estamos conectados. Los ataques cibernéticos suelen ir contra el flujo de datos, ya sea impidiendo la comunicación entre el emisor y el receptor, interceptando, modificando o inventando datos que alteran el normal flujo de información.

Por supuesto, la actividad aseguradora no está ajena a estos riesgos. Estamos en la era de las nuevas tecnologías, el llamado mundo *Insurtech*, o sea la aplicación de nuevas tecnologías a la actividad aseguradora abre todo un mundo, impensado hace unos años, de nuevas formas de hacer negocios. Este va desde herramientas para la venta de seguros hasta la tecnificación de toda la operativa de suscripción, emisión y hasta el pago de siniestros utilizando la tecnología *blockchain, smart contracts*, algoritmos y otras basadas en la inteligencia artificial.

Pero claro, también abre la puerta a los Ciber riesgos.

En especial proteger la identidad y datos y brindar seguridad a los asegurados es determinante en las estrategias de fidelización del sector asegurador. Los principios que consagran las leyes de protección de datos – legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, claridad, seguridad, protección, recurso... - deben cumplirse aun cuando se trate de un dato utilizado por un medio virtual. Asimismo, se debe proteger al asegurado como consumidor en un contrato de adhesión, pero a su vez en un contexto donde el intercambio de datos es lo natural en la sociedad actual. Todo esto constituye la dimensión que llamo social de los Ciber riesgos.

Ahora bien, los Ciber Riesgos también amenazan la propia operativa de las empresas, lo cual constituye la que llamo, dimensión funcional de dichos riesgos.

En este sentido es necesario una gestión adecuada para el riesgo tecnológico en sentido amplio lo que va desde la gestión del talento humano hasta el involucramiento de la alta dirección en su gestión.

Finalmente, del eficiente combate a los riesgos cibernéticos depende nada menos que la seguridad de la propia empresa y de sus clientes que son el motivo de su negocio.

Por último, y aunque no menos importante el aspecto ético que implican las nuevas tecnologías y que generan lo que he dado en llamar la dimensión ética de los Ciber riesgos.

Es un enfoque no tradicional de lo que puede considerarse un riesgo del Ciber medio, que tiene que ver con la posible discriminación y afectación moral, que las tecnologías basadas en la inteligencia artificial pueden generar a los seres humanos.

### **3 - CIBER RIESGOS Y SU DIMENSIÓN SOCIAL**

Cuando mencionamos los Ciber riesgos automáticamente se nos presentan varios aspectos de índole jurídico, en mi visión más amplia de índole social, entre los que destacan la protección de los datos de los usuarios, su identidad y su seguridad.

Si esto lo aplicamos al sector asegurador, es claro que los múltiples usos que las tecnologías más recientes ofrecen para otorgar mejoras en los procedimientos de las aseguradoras, pueden implicar riesgos a terceros y para las propias empresas de seguros.

En cuanto al daño propio, interno, para la empresa nos referiremos a esto al hablar de la dimensión funcional de los Ciber riesgos.

En cuanto al riesgo hacia los terceros, en realidad si referimos al asegurado no es un tercero respecto a la empresa aseguradora, es su cliente con quien tiene un contrato celebrado nada menos que confiando en que el asegurador cubrirá, parojojalmente, sus riesgos. Por esto es mejor en este sentido, hablar de riesgos externos a la empresa de seguros que por supuesto ponen en juego también la responsabilidad civil contractual frente a sus clientes.

En este sentido muchos de los riesgos nacen en los propios usuarios.

Por un lado, hay un gran desconocimiento sobre si Internet es seguro o no. Esta confusión entre los consumidores hace más difícil la lucha contra la ciberdelincuencia<sup>4</sup>.

Por otro lado, el apoyo al usuario en educación “tecnológica” y sus riesgos es muy disímil en los distintos países lo cual redunda en una

---

<sup>4</sup> Informe de Affinion Group <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjA3-X2g5zjAhUbGbkGHUd8BdQQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Faffinion.es%2Fwp-content%2Fuploads%2Fsites%2F11%2F2016%2F07%2FAFF0350-Affinion-White-Paper-Spanish-v8.pdf&usg=AOvVaw3T5A7OP5jOCND9yIxotII>

mayor o menor aversión a los Ciber riesgos y por ende una mayor o menor prevención frente a ellos, algo importante pues a veces lo único que puede salvarnos ante un ataque cibernético, es prevenir.

Un reciente informe de Affinion Group (hoy CxLoyalty), referente en este tipo de investigaciones, muestra que los niveles más altos de preocupación los presenta Brasil, con un 87%, y EE.UU., con un 75%. En Europa, Francia, España, Italia y el Reino Unido presentan niveles de preocupación que van del 60% al 70%. En cambio, los países nórdicos tienen niveles relativamente más bajos de preocupación donde solo el 40% de los encuestados en Suecia y un 42% en Finlandia afirman estar preocupados por la ciberdelincuencia.

La diferencia en los niveles de preocupación podría atribuirse al hecho que Brasil se encuentra constantemente entre los países con mayores niveles de ciberdelincuencia, en especial, en relación con los *botnets*<sup>5</sup>, el fraude bancario y el malware financiero. Además, Brasil también tiene un número significativo de cuentas falsas en las redes sociales, un problema que se ha manifestado recientemente de manera alarmante con el descubrimiento, en un lapso de días, de 12,6 millones

---

<sup>5</sup> *Botnet* es el nombre genérico que denomina a cualquier grupo de PC infectados y controlados por un atacante de forma remota. Generalmente, un hacker o un grupo de ellos crea un botnet usando un malware que infecta a una gran cantidad de máquinas. Los ordenadores son parte del botnet, llamados “bots” o “zombies”. No existe un número mínimo de equipos para crear un botnet. Los botnets pequeños pueden incluir cientos de PCs infectados, mientras que los mayores utilizan millones de equipos. Algunos ejemplos de botnets recientes son Conficker, Zeus, Waledac, Mariposa y Kelihos. A menudo, se entiende el botnet como una entidad única, sin embargo los creadores de este malware lo venden a cualquiera que pague por él. Por este motivo, existen docenas de botnets separados usando el mismo malware y operando a la vez. Los usuarios empezaron a conocer este programa malicioso a partir del año 2000 cuando un adolescente de Canadá lanzó una serie de ataques de negación de servicio contra páginas web muy populares. El joven, cuyo apodo era MafiaBoy, atacó Yahoo, ETrade, Dell, eBay, Amazon, entre otros, durante varios días, sobrecargando los sitios web hasta que los servidores se colapsaron. Mafia Boy, o su nombre real Michael Cale, no usó un botnet para su fechoría, pero los expertos en seguridad avisaron, después de este episodio, que los botnets (grandes redes de ordenadores infectados con una variedad de malware) y los ataques DDoS eran una gran amenaza para la estabilidad e integridad de Internet. Por supuesto, los profesionales no se equivocaron en absoluto. <https://www.kaspersky.es/blog/que-es-un-botnet/755/>

de interacciones falsas en Facebook en el periodo previo a las últimas elecciones nacionales.

La preocupación por la ciberdelincuencia también ha aumentado con el paso del tiempo: los encuestados en el referido informe, de todos los países analizados afirman estar más preocupados por todos los tipos de ciberdelitos, siendo el robo de identidad el que más preocupación genera. Además, la preocupación por este tipo de ciberdelito es la que más ha crecido en los últimos doce meses.

Por ponerlo en perspectiva, al comparar la ciberdelincuencia con delitos más “tradicionales” como el hurto o el robo, las cifras sugieren que, en general, los consumidores están más preocupados ahora por la ciberdelincuencia.

La experiencia personal del usuario-consumidor en relación con la ciberdelincuencia sin duda desempeña un papel fundamental, incrementando la preocupación y manteniendo los niveles de sensibilización altos en todos los tipos.

Muchas personas han sido víctimas o conocen a alguien que lo ha sido. La sensibilización ante este tipo de delito es muy alta, siendo el robo de identidad, junto con el pirateo, la ciberamenaza más intensamente percibida.

Ahora bien, la preocupación existe pero pocos saben cómo sobrellevarla y esto genera una incertidumbre social muy importante.

La mencionada investigación reveló que, a pesar de los altos niveles de preocupación, hay una falta de comprensión sobre cómo mantenerse a salvo de amenazas:

- un tercio de la población mundial -35%- cree, equivocadamente, que una red Wi-Fi pública tiene que ser, por ley, segura;

- más de la mitad -54%- no están seguros o no saben que <https://> significa que una página web es segura;

- otro tercio -33%- no es consciente de que usar la misma contraseña en diferentes cuentas aumenta los riesgos de sufrir un ciberataque.

A pesar de sus temores ante el robo de identidad y otras formas de ciberdelincuencia, muchas personas no han adoptado medidas más allá de las básicas para su protección online.

Solo el 16% cuenta con un sistema que les proteja del robo de identidad. De estos, cerca del 39% cuenta con él porque estaba incluido en otro producto o servicio contratado. Además, como dato interesante, el 38% considera su inclusión la principal razón para haber elegido a su proveedor actual.

La investigación también ha revelado que los encuestados con un elevado interés en la tecnología no presentan necesariamente una mayor comprensión o seguridad en lo que respecta a los riesgos. Parece que la confusión en cuanto a la seguridad trasciende a los grupos demográficos y afecta incluso a aquellos que demuestran un elevado interés en la tecnología.

Adicionalmente, los usuarios no suelen saber qué hacer cuando les ocurre un Ciber ataque, en especial el robo de identidad que es lo que como vimos, más les preocupa.

Estamos pues, ante una gran oportunidad para las empresas aseguradoras en nuestro caso, que pueden llegar a marcar una gran diferencia en sus productos si incluyen servicios, insumos, soluciones de ciberprotección, los cuales cada vez cuentan con una demanda mayor entre los consumidores.

Es así que las aseguradoras intentan diversas estrategias para dar respuesta a los asegurados ante estos riesgos. Estas van desde advertencias recurrentes hasta brindar servicios de prevención, antes que el de indemnización, en la fase previa al daño. También es clave informar a clientes, a través de guías, cuáles son las mejores prácticas con respecto al manejo de las herramientas de seguros.

Asimismo, el propio mercado de seguros internacional ha generado la protección a través de los llamados “Seguros Cibernéticos” incluso como micro coberturas para familias y PYMES (pequeñas y medianas empresas).

Los seguros cibernéticos se suelen mencionar como una herramienta para aumentar la resiliencia - capacidad de superar situaciones traumáticas - cibernética, como un mecanismo de transferencia de riesgos y como una herramienta útil de evaluación para acompañar y ayudar en los cálculos de riesgos de las empresas. Estos seguros se comercializan como un producto independiente o como parte de un paquete de otras coberturas sobretodo de responsabilidad civil, todo riesgo operativo o seguros de hogar, si se destina a la familia.

Pero claro, los Seguros Cibernéticos tienen sus propios problemas.

Por un lado, el riesgo es difícil de medir, el riesgo cibernético es un problema mundial que evoluciona en forma constante a medida que el mundo se conecta cada vez más, y vaya si lo hace. Asimismo, la falta de datos suficientes sobre los incidentes cibernéticos y el bajo nivel de conocimiento y experiencia sobre el riesgo cibernético, son obstáculos que aún deben abordarse.

No obstante, estos son obstáculos propios de los nuevos riesgos y entiendo deben ser asumidos con un grado de audacia, sobre todo si pensamos en los aspectos preventivos que este tipo de seguros pueden aportar a las personas y empresas.

### **3.1 - Ciber riesgos y SU DIMENSIÓN SOCIAL. Un ejemplo en el ámbito marítimo: el WI-FI a bordo**

Iniciemos con una pregunta los propietarios y operadores de buques de pasajeros ¿deben permitir la disponibilidad de Wi-Fi para todos los pasajeros?

En estos días, casi siempre se espera que las embarcaciones de pasajeros brinden Wi-Fi para los huéspedes, pero existen los ciber riesgos asociados al permitir que los pasajeros usen Wi-Fi disponible públicamente a bordo.

Ante esto existen recomendaciones para prevenir los ciber riesgos a bordo, a saber:

- ofrecer a los pasajeros una red Wi-Fi para invitados, con aislamiento del Wi-Fi del propio pasajero -esto impide que el dispositivo de un usuario detecte y envíe datos a otros dispositivos en la misma red;

- mantener la red de invitados completamente separada de la red Wi-Fi responsable de controlar los sistemas vitales de navegación y comunicación del barco, incluido el de las tareas administrativas a bordo;

- deben existir controles claramente establecidos que eviten que los mismos dispositivos accedan al Wi-Fi público y a la vez a los sistemas restringidos;

- se debe implementar una segregación de red adicional para la red administrativa y los sistemas críticos de la nave, como el Sistema

de Control Industrial (ICS), monitorización y control y todo sistema crítico.

El Wi-Fi público a menudo no es seguro ni está controlado, y los sistemas críticos de la embarcación nunca deben ponerse en riesgo al tener contacto con él, directa o indirectamente.

Debe además hacerse advertencias para los pasajeros al utilizar el Wi-Fi del buque: se debe prestar atención a redes que están mal escritas o que no tienen una medida secundaria para acceder al servicio, se debe asegurar que los navegadores web se mantengan actualizados, se debe acceder a sitios web que están protegidos con https:// (significa seguro), no se debe ignorar los errores de certificado que pueden aparecer antes de acceder a un sitio, ya que podrían indicar que el sitio es una copia maliciosa o que alguien está capturando y reproduciendo el tráfico para el usuario, se deben hacer esfuerzos para llamar la atención sobre esta guía en forma de carteles y avisos de seguridad cibernetica alrededor del buque, de modo que los pasajeros estén al tanto de estas precauciones.

¿Y qué deben hacer los pasajeros si piensan que han sido hackeados?

Deben informar a un miembro de la tripulación que puede subir el problema al capitán para una mayor investigación sobre el presunto evento.

A su vez la tripulación y naviera deben asegurarse que los recursos necesarios estén disponibles para responder e investigar cualquier evento sospechoso.

En cuanto a qué equipo es más vulnerable a bordo, los sistemas más vulnerables suelen ser los más antiguos y menos actualizados. Estos sistemas suelen estar vinculados a la gestión de las funciones de control de procesos, seguridad y soporte, como los sistemas de control distribuido (DCS). DCS es un término común para los sistemas que recopilan, procesan y envían datos a bordo de barcos como alarmas, video, sistemas de telefonía privada, controles de motores y posicionamiento dinámico, entre otros.

El problema se amplifica cuando los sistemas más vulnerables son también los más críticos. Por eso, una estrategia de defensa en profundidad es vital cuando se aseguran estos sistemas vulnerables y críticos.

#### **4 - Ciber riesgos y su DIMENSIÓN FUNCIONAL. Un ejemplo en el ámbito marítimo: los buques autónomos**

¿Qué es un buque autónomo? De acuerdo a IMO Maritime Safety Committee el *MASS (Maritime Autonomous Surface Ship)* is a ship which, to a varying degree, can operate independently of human interaction; o sea, un buque autónomo es el que opera en un grado variable, independientemente de la interacción humana.

Y distingue cuatro grados de autonomía:

Primer grado: Nave con procesos automatizados y soporte de decisiones: la gente de mar está a bordo para operar y controlar los sistemas y funciones de abordo. Algunas operaciones pueden ser automatizadas y, a veces, sin supervisión, pero con la gente de mar a bordo lista para tomar el control.

Segundo grado: Nave controlada a distancia con gente de mar a bordo: La embarcación se controla y opera desde otra ubicación. La gente de mar está disponible a bordo para tomar el control y para operar los sistemas y funciones a bordo.

Tercer grado: Nave controlada a distancia sin tripulación a bordo: La nave se controla y opera desde otra ubicación. No hay marineros a bordo.

Cuarto grado: Nave totalmente autónoma: el sistema operativo del buque puede tomar decisiones y determinar acciones por sí mismo

Con la mayor automatización y la introducción del buque autónomo el objetivo es reducir el nivel de riesgos y responsabilidad civil, pero al mismo tiempo introducen riesgos que no se han cuantificado previamente. Sabido es que el error humano es la causa más frecuente de los accidentes o siniestros marítimos. Entonces, cabe preguntarse si eliminar a los humanos cambia la perspectiva del riesgo. Si el riesgo es cibernético parece que prescindir del humano no es la solución

Por otra parte, el elemento humano existe como protagonista en la regulación internacional de las actividades marítimas... por ejemplo en el Reglamento internacional para la prevención de colisiones en el mar de 1972 (COLREG) - requiere una vigilancia visual y auditiva de capitán y tripulación, en la Convención internacional para la seguridad de la vida en el mar (SOLAS) se refiere a los niveles de personal y las acciones requeridas de un capitán.

Y finalmente para reflexionar: ¿la inteligencia artificial será la culpable de los riesgos? si existe abordaje entre un tripulado y un no tripulado, ¿se presume la culpa del buque autónomo? ¿cómo se determina una eventual culpa de los interesados? en cuanto a la responsabilidad del propietario (por contaminación, abordaje, transporte, etc.) ¿se responsabiliza al propietario o diseñador del software o a quién lo utiliza?

#### **4 - CIBER RIESGOS Y SU DIMENSIÓN ÉTICA. La visión de la Unión Europea sobre la Inteligencia Artificial**

Por último y no menos importante, cabe analizar lo que llamo la dimensión ética de los Ciber riesgos, esta vez vistos como otro tipo de riesgo que el Ciber medio o espacio crea para los seres humanos.

Como expresa un artículo del Real Instituto El Cano<sup>6</sup>

*en el campo de la ciberseguridad, la IA (Inteligencia Artificial) aporta importantes mejoras mediante el análisis algorítmico aplicado a gran cantidad de información, infiriendo resultados basados en el contexto y en el aprendizaje adquirido a partir de situaciones anteriores. Las capacidades de la IA, sus algoritmos, se pueden aplicar de forma similar –tanto- por quienes crean inseguridad en las sociedades avanzadas y –como- por quienes las protegen. La confrontación directa entre algoritmos de IA y su escalada, pueden llevar a un punto en el que la intervención humana podría quedar relegada a un segundo plano. La respuesta a esta situación promueve un debate de ámbito internacional sobre la necesidad de regular las características y el uso de la IA, principalmente desde un plano ético, pero también desde el punto de vista normativo y de control de su empleo, sin por ello limitar los beneficios aportados por la innovación en IA a la sociedad.*

*A pesar de existir unanimidad sobre la necesidad de una normativa internacional, resulta particularmente complicado concretar una hoja de ruta que establezca los pasos a seguir. La inacción, es decir, dejar que las fuerzas del mercado establezcan las reglas de juego*

---

<sup>6</sup> [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari50-2019-alonsolecuit-implicaciones-uso-inteligencia-artificial-campo-ciberseguridad?utm\\_source=CIBERelcano&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=44-mayo2019](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari50-2019-alonsolecuit-implicaciones-uso-inteligencia-artificial-campo-ciberseguridad?utm_source=CIBERelcano&utm_medium=email&utm_campaign=44-mayo2019)

Autor: Javier Alonso Lecuit. ARI 50/2019

*conduciría a la desprotección de los derechos fundamentales de la seguridad de los individuos y naciones, similar a la experimentada actualmente a escala mundial en materia de la privacidad. Esto se aproxima al impacto potencial de la IA, a los efectos de su empleo malicioso y la necesidad de controles y contramedidas que carecen de un marco regulatorio mundial.*

Esta preocupación no ha escapado a las autoridades de la Unión Europea y es así que en abril de 2019 se ha producido la “*Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones*” sobre “*Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*”<sup>7</sup>.

En el documento se afirma que la inteligencia artificial (IA) tiene potencial para transformar nuestro mundo para mejor: puede mejorar la asistencia sanitaria, reducir el consumo de energía, hacer que los vehículos sean más seguros y permitir a los agricultores utilizar el agua y los recursos de forma más eficiente. La IA puede utilizarse para predecir el cambio climático y medioambiental, mejorar la gestión del riesgo financiero y proporcionar las herramientas para fabricar, con menos residuos, productos a la medida de nuestras necesidades.

La IA también puede ayudar a detectar el fraude y las amenazas de ciberseguridad y permite a los organismos encargados de hacer cumplir la ley luchar contra la delincuencia con más eficacia. La IA puede beneficiar a la sociedad y a la economía en su conjunto. Es una tecnología estratégica que se está desarrollando y utilizando a buen ritmo en todo el mundo.

**No obstante, también trae consigo nuevos retos para el futuro del trabajo y plantea cuestiones jurídicas y éticas.**

Para abordar estos retos y aprovechar al máximo las oportunidades que ofrece la IA, en abril de 2018 la Comisión publicó una estrategia europea.

La estrategia coloca a la persona en el centro del desarrollo de la IA — es una IA centrada en el ser humano.

Adopta un planteamiento triple para potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la Unión Europea e impulsar la adopción

---

<sup>7</sup> <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>. Bruselas 8.4.2019.

de la IA en todos los ámbitos de la economía, prepararse para las transformaciones socioeconómicas y garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado.

La Estrategia europea de IA y el plan coordinado bajo esta, dejan claro que la confianza es un requisito previo para garantizar un enfoque de la IA centrado en el ser humano: **la IA no es un fin en sí mismo, sino un medio que debe servir a las personas con el objetivo último de aumentar su bienestar.**

Para ello, la fiabilidad de la IA debe estar garantizada. Los valores en los que se basan nuestras sociedades han de estar plenamente integrados en la evolución de la IA. Los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, debe ser respetados.

Estos valores son comunes a las sociedades no solo de la Unión Europea sino que son extrapolables a toda Latinoamérica, en las que prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad. Además del respeto a los Derechos fundamentales, los derechos individuales, civiles, políticos, económicos y sociales que son fundamento de nuestras sociedades.

En su informe, la Comisión apoya los siguientes requisitos esenciales para una IA fiable. Anima a las partes interesadas a aplicarlos y a comprobar la lista que los lleva a la práctica con el fin de crear el entorno adecuado de confianza para un desarrollo y un uso provechosos de la IA.

Los siete requisitos esenciales son los siguientes: • Intervención y supervisión humanas • Solidez y seguridad técnicas • Privacidad y gestión de datos • Transparencia • Diversidad, no discriminación y equidad • Bienestar social y medioambiental • Rendición de cuentas.

**I. Intervención y supervisión humanas.** Los sistemas de IA deben ayudar a las personas a elegir mejor y con más conocimiento de causa en función de sus objetivos. Deben actuar como facilitadores de una sociedad floreciente y equitativa, apoyando la intervención humana y los derechos fundamentales, y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana. El bienestar global del usuario debe ser primordial en la funcionalidad del sistema.

La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos. Dependiendo del sistema específico de IA y de su ámbito de aplicación, deben garantizarse los grados adecuados de medidas de control, incluida la adaptabilidad, la exactitud y la explicación de los sistemas de IA. La supervisión debe lograrse a través de mecanismos de gobernanza, tales como el enfoque de la participación humana (*human-in-the-loop*), la supervisión humana (*human-on-the-loop*), o el control humano (*human-in-command*).

Asimismo, hay que garantizar que las autoridades tengan la capacidad de ejercer sus competencias de supervisión conforme a sus mandatos. En igualdad de condiciones, cuanto menor sea la supervisión que puede ejercer un ser humano sobre un sistema de IA, más extensas tendrán que ser las pruebas y más estricta la gobernanza.

**II. Solidez y seguridad técnicas.** La fiabilidad de la IA requiere que los algoritmos sean suficientemente seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases del ciclo vital del sistema de IA y hacer frente adecuadamente a los resultados erróneos.

Los sistemas de IA deben ser fiables, lo bastante seguros para ser resilientes, tanto frente a los ataques abiertos como a tentativas más sutiles de manipular datos o los propios algoritmos, y deben garantizar un plan de contingencia en caso de problemas. Sus decisiones deben ser acertadas, como mínimo, reflejar su nivel de acierto, y sus resultados, reproducibles. Además, los sistemas de IA deben integrar mecanismos de seguridad y de seguridad desde el diseño para garantizar que sean verificablemente seguros en cada fase, teniendo muy presente la seguridad física y psicológica de todos los afectados. Esto incluye la minimización y, cuando sea posible, la reversibilidad de las consecuencias no deseadas o errores en el funcionamiento del sistema.

Deben instaurarse procesos para aclarar y evaluar los riesgos potenciales asociados al uso de los sistemas de IA, en diversos ámbitos de aplicación.

**III. Privacidad y gestión de datos.** Deben garantizarse la privacidad y la protección de datos en todas las fases del ciclo vital del sistema de IA.

Los registros digitales del comportamiento humano pueden permitir que los sistemas de IA infieran no solo las preferencias, la edad y el sexo de las personas, sino también su orientación sexual o sus opiniones religiosas o políticas. Para que las personas puedan confiar en el tratamiento de datos, debe garantizarse que tienen el pleno control sobre sus propios datos, y que los datos que les conciernen no se utilizarán para perjudicarles o discriminarles.

Además de salvaguardar la privacidad y los datos personales, deben cumplirse requisitos en cuanto a garantizar la calidad de los sistemas de IA. La calidad de los conjuntos de datos utilizados es primordial para el funcionamiento de los sistemas de IA cuando se recopilan datos, pueden reflejar sesgos sociales, o contener inexactitudes o errores. Esto debe resolverse antes de entrenar un sistema de IA con un conjunto de datos.

Asimismo, debe garantizarse la integridad de los datos. Los procesos y conjuntos de datos utilizados deben ponerse a prueba y documentarse en cada fase, como la planificación, el entrenamiento, el ensayo y el despliegue. Esto debe aplicarse también a los sistemas de IA que no han sido desarrollados internamente, sino que se han adquirido fuera.

Por último, el acceso a los datos debe estar adecuadamente regulado y controlado.

**IV. Transparencia.** Debe garantizarse la trazabilidad de los sistemas de IA; es importante registrar y documentar tanto las decisiones tomadas por los sistemas como la totalidad del proceso -incluida una descripción de la recogida y el etiquetado de datos, y una descripción del algoritmo utilizado- que dio lugar a las decisiones.

A este respecto, en la medida de lo posible debe aportarse la explicación del proceso de toma de decisiones algorítmico, adaptada a las personas afectadas. Debe proseguirse la investigación en curso para desarrollar mecanismos de explicación. Además, deben estar disponibles las explicaciones sobre el grado en que un sistema de IA influye y configura el proceso organizativo de toma de decisiones, las opciones de diseño del sistema, así como la justificación de su despliegue -garantizando, por tanto, no solo la transparencia de los datos y del sistema, sino también la transparencia del modelo de negocio-.

Por último, es importante comunicar adecuadamente las capacidades y limitaciones del sistema de IA a las distintas partes interesadas afectadas de una manera adecuada al caso de que se trate.

Por otra parte, los sistemas de IA deben ser identificables como tales, garantizando que los usuarios sepan que están interactuando con un sistema de IA y qué personas son responsables del mismo.

**V. Diversidad, no discriminación y equidad.** Los conjuntos de datos utilizados por los sistemas de IA - tanto para el entrenamiento como para el funcionamiento - pueden verse afectados por la inclusión de sesgos históricos involuntarios, por no estar completos o por modelos de gobernanza deficientes. La persistencia en estos sesgos podría dar lugar a una discriminación (in)directa. También pueden producirse daños por la explotación intencionada de sesgos del consumidor o por una competencia desleal.

Por otra parte, la forma en la que se desarrollan los sistemas de IA - por ejemplo, la forma en que está escrito el código de programación de un algoritmo - también puede estar sesgada. Estos problemas deben abordarse desde el inicio del desarrollo del sistema.

También puede ayudar a resolver estos problemas establecer equipos de diseño diversificados y crear mecanismos que garanticen la participación, en particular de los ciudadanos, en el desarrollo de la IA. Es conveniente consultar a las partes interesadas que puedan verse afectadas directa o indirectamente por el sistema a lo largo de su ciclo de vida.

Los sistemas de IA deberían tener en cuenta toda la gama de capacidades, habilidades y necesidades humanas y garantizar la accesibilidad mediante un enfoque de diseño universal para tratar de lograr la igualdad de acceso para las personas con discapacidades.

**VI. Bienestar social y medioambiental.** Para que la IA sea fiable, debe tomarse en cuenta su impacto sobre el medio ambiente y sobre otros seres sensibles. Idealmente, todos los seres humanos, incluso las generaciones futuras, deberían beneficiarse de la biodiversidad y de un entorno habitable.

Debe, por lo tanto, fomentarse la sostenibilidad y la responsabilidad ecológica de los sistemas de IA.

Por otra parte, el impacto de los sistemas de IA debe considerarse no solo desde una perspectiva individual, sino también desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto. Debe prestarse especial atención al uso de los sistemas de IA, particularmente en situaciones relacionadas con el proceso democrático, incluida la formación de opinión, la toma de decisiones políticas o en el contexto electoral.

También debe tenerse en cuenta el impacto social de la IA. Si bien los sistemas de IA pueden utilizarse para mejorar las habilidades sociales, de la misma manera pueden contribuir a su deterioro.

**VII. Rendición de cuentas.** Deben instaurarse mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de IA y de sus resultados, tanto antes como después de su implementación.

La posibilidad de auditar los sistemas de IA es fundamental, puesto que la evaluación de los sistemas de IA por parte de auditores internos y externos, y la disponibilidad de los informes de evaluación, contribuye en gran medida a la fiabilidad de la tecnología.

La posibilidad de realizar auditorías externas debe garantizarse especialmente en aplicaciones que afecten a los derechos fundamentales, por ejemplo las aplicaciones críticas para la seguridad.

Los potenciales impactos negativos de los sistemas de IA deben señalarse, evaluarse, documentarse y reducirse al mínimo. El uso de las evaluaciones de impacto facilita este proceso. Estas evaluaciones deben ser proporcionales a la magnitud de los riesgos que plantean los sistemas de IA. Los compromisos entre los requisitos - que a menudo son inevitables - deben abordarse de una manera racional y metodológica, y ser tenidos en cuenta.

Por último, cuando se produzcan efectos adversos injustos, deben estar previstos mecanismos accesibles que garanticen una reparación adecuada.

Más reciente aún en la Unión Europea, en abril de 2021, se generó un proyecto de resolución para ser aplicado por los miembros, que busca regular la implementación de sistemas basados en la Inteligencia Artificial.

En efecto, la Comisión Europea propone una “Regulación del Parlamento europeo y el Consejo ...para la armonización de reglas

sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)” que modifica algunas otras leyes de la Unión Europea.

La regulación propuesta busca evitar posibles discriminaciones que los algoritmos, incluidos en los sistemas puedan generar, y a su vez preservar derechos esenciales de la persona, como ser la privacidad, la seguridad, el derecho al reclamo, entre varios otros. Esto, en especial, en lo que el proyecto delinea como sistemas de “Alto Riesgo”.

En la regulación destaca la definición y regulación de sistemas de IA de “Alto Riesgo” caracterizados por la opacidad de la información brindada y de su fuente, la complejidad de sistema, la dependencia de los datos y el aprendizaje autónomo.

En ellos destaca pues, entre otros caracteres, la primacía de los algoritmos de “machine learning” es decir que “aprenden solos”, y responden, en base a la sucesiva colecta e intercambio de datos masivos o Big Data.

La regulación busca defender los derechos fundamentales del ser humano, básicamente:

- la dignidad humana;
- el respeto de la privacidad y de los datos;
- la no discriminación, la igualdad de género y raza, la libertad de expresión;
- los derechos de los niños- de los discapacitados;
- la protección del medio ambiente;
- la garantía del derecho de defensa y de remedio o corrección.

Asimismo, limita el derecho al comercio y el uso de la técnica, si esto es necesario para respetar el derecho del consumidor y proteger los datos personales.

Como se puede apreciar, la preocupación por los aspectos éticos de las nuevas tecnologías, y el ambiente cibernetico, ameritan comenzar a hablar de una dimensión ética de los Ciber riesgos.

## BIBLIOGRAFIA

Affinion Group - *Informe sobre ciberdelincuencia* - <https://www.ciberseguridadpyme.es>- Recuperado 10/04/2019.

Asociación internacional de supervisores de seguros - *Principios básicos de seguros, estándares, guía y metodología de evaluación* - IAIS -[www.iaisweb.org](http://www.iaisweb.org). Recuperado 7/06/2019.

Alonso Lecuit, Javier - *Inteligencia Artificial* - ARI 50/2019 - Publicación Real Instituto El Cano. 2019 -[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/)- Recuperado 12/06/2019.

Beer, Satfford - *Cybernetics and Management*, English Universities Press, 1959

Signorino, Andrea - *Relatoria por Uruguay* - Congreso CILA - Lima 2019.

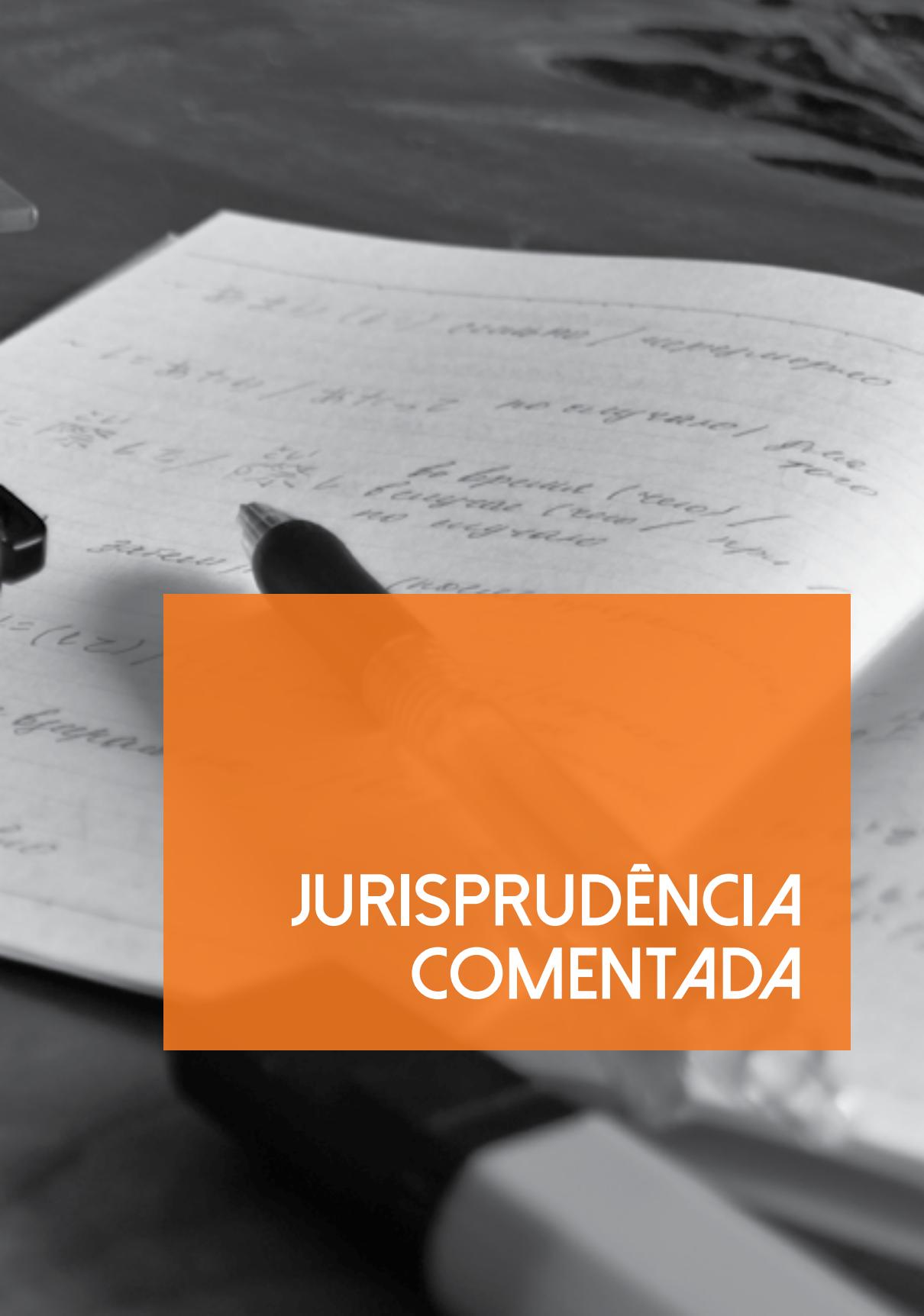
Thurston, John B. "Review: *Cybernetics by Norbert Wiener*". The Saturday Review of Literature: 1949.

Unión Europea - Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones - Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>. Bruselas 8.4.2019. Recuperado 5/05/2019.

Vivas Gabriel- Ponencia en curso APECOSE - Lima 2019

Wiener, Norbert. *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Hermann & Cie & Camb. Mass. (MIT Press) 1948 2da ed. 1961.





# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

# Comentário à decisão do STJ em Incidente de Assunção de Competência, consagrando o entendimento de que o prazo de prescrição em pretensões de segurado e segurador é de um ano, seja qual for a pretensão do segurado em face do segurador e vice-versa. O REsp afetado foi o de nº 1.303.374

Ricardo Bechara Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** os presentes comentários têm por objetivo mostrar e exaltar em detalhes o acerto da decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, exarada por larga maioria dos ministros integrantes de sua Segunda Seção, em sede de Incidente de Assunção de Competência (IAC) que, com força vinculante e uniformizadora da jurisprudência, pontificou o entendimento de que o prazo de prescrição de pretensões de segurado e seguradora é mesmo de um ano conforme estabelecido no Código Civil, seja qual for a pretensão do segurado em face do segurador e vice-versa, em relação aos deveres principais, secundários e anexos.

**Abstract:** The purpose of the present comments is to show and exalt in detail the correctness of the judicial decision handed down by the Superior Court of Justice (STJ), rendered by a large majority of the members of its Second Session, in an Incident of Assumption of Jurisdiction (IAC) which with binding force and uniformity of the jurisprudence established the understanding that the statute of limitations for insured and insurer claims is one year, as established in the Civil Code, regardless of the claim of the insured against the insurer and vice-versa, in relation to the principal, secondary and ancillary duties.

---

<sup>1</sup> 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 sobre seguro.

**Palavras-chave:** Prescrição. Prazo prescricional anual. Interrupção de prazo. Pretensão. Acumulação sucessiva. Seguro facultativo. Assunção de competência. Jurisprudência vinculante. Uniformização. Repercussão social. Múltiplos processos. Recursos repetitivos. Afetação. Vinculação. Segurança jurídica. Questão relevante. Ação declaratória. Prescritibilidade. Imprescritibilidade. Dano moral. Responsabilidade contratual e extracontratual. Divergência. Função socioeconómica do contrato. Código Civil. Constituição do cidadão comum. Notificação do segurado.

**Keywords:** Prescription. Annual limitation period. Interruption of time. Claim. Successive accrual. Optional Insurance. Assumption of Jurisdiction, Binding jurisprudence. Uniformity. Social repercussion. Multiple proceedings. Repetitive appeals. Affecting. Binding law. Legal certainty. Relevant question. Declaratory Action. Prescritability. Imprescritability. Moral damage. Contractual and extra-contract liability. Divergence. Socioeconomic function of the contract. Civil Code. Constitution of the common citizen. Notification of the insured.

**Sumário:** 1 - O incidente de assunção de competência (IAC). 2 - O julgamento. 3 - A divergência. 4 - Precedentes. 5 - Considerações finais. 6 - Referências onomásticas.

## 1 - O Incidente de Assunção de Competência (IAC)

Não seria ocioso tecer, para mais adequada visualização, uma breve nota introdutória sobre o IAC e sua retrospectiva, considerando que o presente julgamento se deu, de forma vinculante, no âmbito desse Incidente para tratar de tema caro para o setor de seguros privados, de modo a uniformizar a jurisprudência sobre o prazo anual da prescrição extintiva de pretensões de segurados e seguradoras.

Trata-se de Incidente que entrou em pauta para afetação desde 14/06/17 no primeiro julgamento do REsp nº 1.303.374, cuja decisão de afetação foi publicada em 1/8/17. Há mais de quatro anos portanto. Na proposta de Assunção de Competência em causa cujo incidente foi instaurado de ofício sob a alegação de que a Corte Superior não havia ainda se defrontado com a importante tese engendrada pela recorrente, no sentido de, em contrato de seguro facultativo, ser ou não anual o prazo de prescrição em todas as pretensões que envolvam segurado e segurador, não apenas as indenizatórias e, em se reconhecendo a relevante questão de direito, com notória repercussão social, sem repetição em múltiplos processos - caso em que seria adotado o procedimento de recursos repetitivos -, a matéria foi considerada apta a ser solucionada pelo IAC submetido ao rito do artigo 947 do CPC de 2015.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 aperfeiçoou este instrumento incidental que já era previsto no CPC de 1973 mas de forma acanhada, para categoricamente estabelecer a busca pela eficiência e racionalidade no julgamento dos processos e, consequentemente, a aproximação da família do *civil law* com a do *common law*, e, para alcançar esse objetivo, o Código privilegiou a uniformização da jurisprudência e robusteceu a sistemática dos precedentes judiciais, cuja previsão legal encontra-se no seu artigo 947 e parágrafos, cujo caput assim dispõe: *É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.*

Realmente, o Código de 1973 já trazia instituto semelhante, porém, a lei adjetiva de 2015 cuidou do incidente de forma mais abrangente e detalhada, além de ampliar os efeitos da assunção de competência. O Código de 1973 assim estabelecia: *Art. 555, § 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.*

O CPC vigente inovou para estender as hipóteses de cabimento, disciplinando que o incidente se aplica não apenas aos recursos, mas também à remessa necessária e aos processos de competência originária. Ademais, houve inegável expansão das possibilidades quanto à iniciativa de instauração do incidente, que antes incumbia apenas ao relator e agora pode ser feita também a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, consoante dispõe o parágrafo primeiro do art. 947.

A doutrina abalizada destaca que a assunção, à luz do novo CPC, importa, ao mesmo tempo, em afetação e vinculação, mostrando que, na afetação a tese identificada como relevante pelo relator será apreciada por órgão colegiado soberano e competente consoante o Regimento Interno do Tribunal e, na vinculação, porque, em regra, a decisão colegiada vinculará os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal em decisões futuras.

*Questão relevante* para fins do IAC é aquela diferenciada, distinta de questões corriqueiras e ordinárias que, embora não repetida em inúmeros outros processos, impacta a sociedade, enquanto repercussão social é a questão que, por exemplo, uma vez definida, pode importar em mudanças de rumo em políticas públicas, aumento de preços, que pode afetar grupos de pessoas, consumidores, empresas etc.

Quanto ao requisito da inexistência de *repetição em múltiplos processos*, consiste em excludente de aplicação do IAC, de modo que o processo em questão não pode estar relacionado com demandas ou *recursos repetitivos*. Dessa forma, o Código tenciona distinguir o incidente de assunção de competência dos instrumentos ligados a demandas ou recursos repetitivos.

Importante observar que, tendo em vista o caráter vinculante das decisões ocorridas em IAC, a realização de audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae* são plenamente possíveis.

Vale lembrar neste tópico introdutório que em setembro de 2016, o STJ publicou a Emenda Regimental nº 24, que regulamentou as mudanças decorrentes da instituição, pelo NCPC, do incidente de assunção de competência. Os acórdãos proferidos em julgamento de IAC passaram a ser identificados como “precedentes qualificados” (art. 121-A do Regimento Interno), implicando no dever de “estrita observância pelos juízes e tribunais”, das teses adotadas em assunção de competência.

## 2 – O julgamento

O julgamento final ocorreu no dia 30/11/21 em Incidente de Assunção de Competência - IAC, admissível quando envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (*e quando envolve questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*). E a decisão, em tom uniformizador de jurisprudência, até porque exarada pela 2<sup>a</sup> Seção da Corte, que reúne ministros da 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> Turmas competentes para julgar questões de seguro e direito civil, pontifica o entendimento de que o prazo de prescrição em pretensões de segurado e segurador é mesmo de um ano conforme estabelecido no Código Civil, seja qual for a pretensão do segurado em face do segurador e vice-versa, em relação aos deveres principais, secundários e anexos, descartando qualquer hipótese de imprescritibilidade e ressalvando prazos diferenciados previstos em leis próprias e em súmulas de tribunais superiores (*seguro DPVAT, por exemplo, cujo prazo é de 3 anos consoante a Súmula 405 do STJ*)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Súmula 405: *A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos.*

A decisão se deu por ampla maioria com o placar de 7 votos a 2, formando as divergências (2 votos) o Ministro Buzzi e a Ministra Nancy, mesmo assim a divergência da Ministra fora minimamente parcial posto que aderiu à tese do relator Ministro Luis Felipe Salomão (*prescrição de 1 ano*) apenas ressalvando o prazo prescricional nas pretensões por danos morais que, fosse isolada e não conectada ao contrato de seguro, a prescrição seria de três anos segundo o Código Civil dada a sua natureza indenizatória (CC art. 206, § 3º, inciso V)<sup>3</sup>. Votos divergentes esses que não prevaleceram posto que vencidos.

A decisão, de suma importância e pacificadora para o setor de seguros, definiu que em contrato de seguro facultativo (*seguro de vida individual e coletivo, seguro de riscos, seguro de responsabilidade civil e profissional etc.*) em qualquer modalidade, seja de dano ou de pessoa (vida e acidentes pessoais), é anual o prazo da prescrição em pretensões que envolvam segurado e segurador, ali se fixando a seguinte tese vinculante: *O prazo prescricional para o exercício de qualquer pretensão do segurado, em face do segurador, e vice-versa, baseado em suposto inadimplemento de deveres principais secundários ou anexos, derivados do contrato de seguro, ex vi do disposto no art. 206, parag. único, I, II, b, do CC/02, art. 178, parag. 6º do CC/1916.*

O caso concreto em julgamento refere-se à negativa da seguradora de renovação do contrato, cobrança de restituição de prêmios pagos a maior e indenização por danos morais. No seu voto, o eminente ministro LUIS FELIPE SALOMÃO registrou que o caso trata de uma acumulação sucessiva de pretensões e *não se está diante de ação puramente declaratória, cuja pretensão seria imprescritível*, no seu entender. Mas no caso não é. A propósito de tal assertiva do ministro relator, me permitiria com todas as vêrias, ponderar que tudo quanto se cumplicia direta ou indiretamente com a imprescritibilidade ou que de alguma forma negue a prescrição, não se coaduna com o bom direito, muito menos com o direito constitucional, valendo aqui relembrar a lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO: *Sem embargo, a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercé de ações judiciais por tempos e prazos indefinidos, longíssimos ou, o que é pior, perpétuos. Trata-se de uma garantia individual, porém com intensa transcendência social. As relações sociais necessitam de segurança e o*

---

<sup>3</sup> Art. 206. Prescreve: ... § 3º Em três anos: ... V - a pretensão de reparação civil; ...

*direito busca, em um dos seus fins, assegurar a estabilidade na vida e relações...* (em “Direito Administrativo Sancionador”, RT, SP). Pode-se daí afirmar, sem rebuscos de dúvidas, já que em qualquer dos campos do direito a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral e constitucional da segurança das relações jurídicas, que a prescritibilidade é uma regra absoluta, enquanto a *imprescritibilidade* situação excepcionalíssima, valendo a propósito conferir com os magistérios, respectivamente, de PONTES DE MIRANDA e CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA: (I) *A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional* (Tratado de Direito Privado, Vol. 6, §§ 666, p. 127). (II) *A prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade a exceção* (“Instituições de Direito Civil”, Vol. 1, p.147).

A propósito da prescritibilidade da ação declaratória de natureza condenatória e/ou constitutiva, pondera-se que, mesmo que se possa falar em tese na imprescritibilidade da ação declaratória, há entendimento acertado do STJ, no sentido de que *não há interesse na ação declaratória se a correlata pretensão de direito material estiver sido fulminada pela prescrição*. É dizer, *se não é mais possível exercer a pretensão de direito material não há porque cogitar-se a ação declaratória após esse lapso temporal, se a pretensão do segurado contra o segurador (e deste contra o segurado) prescreve em 1 (um) ano, motivo pelo qual, nessa hipótese também deve ser reconhecida a prescrição* (em Memorial apresentado no LAC em apreço pelo Escritório Arruda Alvim e Thereza Alvim, representando a CNseg na condição de *amicus curiae*).

Foi relatado no julgamento que as pretensões da demanda (*o restabelecimento de apólice indevidamente extinta, o dano moral por negativa de renovação e o ressarcimento de prêmios*) encontram-se intrinsecamente vinculadas ao conteúdo da relação entre segurado e segurador, por isso abrangida a respectiva pretensão pelo prazo ânuo de prescrição, pois a violação dos deveres anexos ou fiduciários encartados na avença securitária implica na obrigação de reparar os danos, o que traduz a existência de responsabilidade contratual. E asseverou que não sendo hipótese de incidência do prazo de 10 anos do CC/02 previsto no artigo 205, por existir regra específica no artigo 206, faz-se impositiva a observância da prescrição anual, tanto no que toca à pretensão de restabelecimento das condições da apólice quanto às que concernem aos prêmios e ao dano moral. Em suma, concluiu que é anual o prazo prescricional para o exercício de qualquer

pretensão do segurado em face da seguradora e vice-versa, baseado em suposto inadimplemento dos deveres principais, secundários ou anexos, derivados do contrato de seguro, sendo ressalvado, no entanto, que o julgado não alcança os seguros saúde, planos de saúde e o DPVAT, por existência de regramento específico próprio.

### 3 - A divergência

Falando da única **divergência** considerável, o divergente ministro Marco Buzzi ressaltou que, no que tange ao prazo prescricional anual, na pretensão do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele, tem-se que o legislador teria delimitado. Mas esse entendimento ficou longe de prevalecer, embora arguindo que o entendimento acolhido pela relatoria, que estende o mesmo prazo a outras pretensões remotas de conteúdo genérico, isto é, não diretamente afetadas pelas especificidades da indenização securitária e de seus termos, no sentido de unificar os prazos prescricionais de todas e quaisquer causas de pedir, potencialmente existentes entre segurado e segurador, como se as partes pudessem qualificar a relação jurídica e não ao contrário, encerraria em si contradição a projetar desequilíbrio na sistemática do art. 206, extravasando os limites hermenêuticos, segundo entende. Mas muito ao contrário, entendemos nós, pois a unificação do prazo ânus de prescrição claramente estabelecido no Código, conduzida pelo voto vencedor do Ministro Relator de modo que quaisquer questões de seguro seja qual for a pretensão do segurado em face do segurador e vice-versa, em relação aos deveres principais, secundários e anexos, além de representar a melhor interpretação do disposto no Código Civil ante a clareza de seu dispositivo e valendo aqui lembrar a regra do *in claris cessat interpretatio* (até por considerar que essa parte do Código foi judiciosa e impecavelmente escrita por ninguém menos que o Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES), traz o necessário equilíbrio e consequente segurança jurídica em benefício da mutualidade gerida pelo segurador. Na verdade, o legislador não distinguiu as pretensões do segurado e do segurador justamente para não fatiar a prescrição e com isso não desequilibrar e tumultuar a equação que criteriosamente traçou no artigo 206 do Código, por isso todas as pretensões interligadas ao contrato de seguro se regerão pelo prazo ânus de prescrição. O Relator, sem dúvida, foi assertivo e feliz em seu voto condutor e vencedor.

Acaso prevalecesse o voto vencido, argua-se apenas para argumentar, o Judiciário estaria legislando indevidamente onde o poder competente para legislar já legislou.

E nem se diga que o prazo prescricional anual seja prazo curto, a *uma* porque a tendência face os modernos meios de comunicação trazidos pela tecnologia cibernética e estando o país e o mundo conectados em rede em tempo real, é de cada vez mais se reduzir esses prazos (*por exemplo, o prazo geral de prescrição que era de 20 anos no CC de 1916, hoje previsto no artigo 205 do CC de 2002, foi reduzido para 10 anos*); a duas, porque a fluência do prazo prescricional só começa da ciência do fato gerador da pretensão e se suspende ou se interrompe com o aviso do sinistro e retomado com a formal negativa do segurador depois de proceder à regulação do sinistro se caso, na conformidade da ainda vigente Súmula 229 do STJ<sup>4</sup>, hipótese em que o segurado poderá tempestivamente questioná-la em juízo, sabido mais que enquanto durar a ação a prescrição não fluirá. Portanto, as partes de um contato de seguro não serão tomadas de surpresa, dispondo de tempo suficiente para deduzir suas pretensões, sabido que a prescrição só pune os que se descuram, é dizer, a lei não socorre aos que dormem na inteligência do aforismo “*dormintibus non succurrit jus*”.

Tal como decidido no referido IAC determinou-se o retorno dos autos ao tribunal de origem para que se proceda a averiguação relativa à existência da adequada notificação do segurado, ficando prejudicadas as demais teses. E note-se que a exigência de notificação prévia ao segurado aqui mandada observar, também afasta qualquer alegação de prejuízo para que ele possa exercer os seus direitos decorrentes do contrato de seguro.

Importante assinalar que o ministro Relator fez **importante aditamento** em seu voto vencedor, para ressaltar que não cogita ser o caso de renovar a posição no sentido de ser trienal o prazo prescricional para o exercício de pretensão reparatória decorrente do cancelamento de seguro. De um lado, por já ter se convencido da adequação da tese de prescrição anua, e de outro para preservar a coerência da jurisprudência das turmas, com precedentes qualificados da sessão e da Corte Especial, segundo os quais, o prazo trienal do art. 206, parag. 3º, inciso 5º, do CC/02, adstringe-se as pretensões de indenização decorrentes da responsabilidade civil extracontratual, não alcançando as pretensões reparatórias derivadas do inadimplemento de obrigações contratuais. E essa importante ponderação, vale destacar, passou a integrar a decisão prevalecente da maioria e, lembre-se, de força vinculante.

---

<sup>4</sup> Súmula nº 229: *O pedido do pagamento da indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.*

Sobre a divergência da Ministra Nancy Andrighi, vale observar que, aderindo à tese proposta pelo relator, no caso concreto, conheceu o recurso e deu parcial provimento para pronunciar a prescrição da pretensão de reestabelecimento da apólice extinta e a prescrição parcial da pretensão de restituição dos prêmios, determinando o retorno dos autos ao tribunal de origem.

A decisão em apreço, pois, proferida terminativamente em sede do IAC em causa, afaga os objetivos do Código Civil no que tange a tudo quanto o acatado ministro, jurista e legislador JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES contribuiu para a aprovação do anteprojeto do Código Civil de 2002, este batizado que foi por MIGUEL RÉAILE como a “Constituição do Homem Comum”, porque o seu texto traz inovações fundamentais, como ele costumava dizer, pois regula o dia-a-dia dos cidadãos ao dispor sobre sua vida desde antes do nascimento (com a proteção jurídica do feto humano) até a sua morte (com a destinação dos bens), sendo o habitat natural para disciplinar a prescrição, extintiva e aquisitiva, cujo capítulo a ela reservado foi, como dito, judiciosa e impecavelmente escrito por ninguém menos que o acatado Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, sem perder de vista que a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica para todos, sem distinção.

Em suma, a folgada maioria dos ministros seguiu o voto do relator, ficando vencidos e em parte apenas o ministro Marco Buzzi e a ministra Nancy Andrighi.

#### 4 - Precedentes

A matéria não é nova tampouco estranha para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a julgar pelas inúmeras decisões que proferiu em reconhecimento do prazo prescricional de um ano das pretensões do segurado contra o segurador e vice-versa em todas as ações, inclusive em contratos coletivos, não só com base no que dispunha o Código Civil de 1916 quanto no que dispõe o Código de 2002. Exemplo disso é a **Súmula nº 101**, segundo a qual *a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano*.

E não foram poucas as decisões que se seguiram firmando jurisprudência copiosa em prol da prescrição ânua, não só em contratos coletivos como individuais, com aplicação a todas as ações envolvendo o contrato de seguro, sendo desnecessário a esta altura citar cada uma dessas miríade de decisões. Mas a guisa de

amostragem valeria mencionar a decisão tomada no REsp 759.221/PB, de relatoria do Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, que muito se assemelha ao caso concreto dos autos originários deste incidente, oportunidade em que a MINISTRA ISABEL GALLOTTI afirmou: *entendo que o dispositivo legal do Código Civil, seja do anterior, seja do Código em vigor, não estabelece que a prescrição ânua é apenas no caso de discussão a respeito da existência ou não de determinado sinistro, mas sim trata de todas as pretensões do segurado contra o segurador ou do segurador contra o segurado.*

Realmente, a norma geral que prescreve o prazo prescricional de um ano para ação do segurado contra a seguradora, ou deste contra aquele, deve ser aplicada a todas as ações na quais se esteja discutindo essa modalidade de seguro, contando-se o prazo a partir da data da ciência do fato gerador da pretensão (art. 206, § 1º, II, b, do CC/2002). E em outras oportunidades, ambas as turmas da Segunda Seção do STJ já se manifestaram no sentido de que as ações que versam sobre contratos coletivos de seguro de vida e não só as de indenização estão sujeitas ao prazo ânua de prescrição, sendo oportuno transcrever trecho trazido pelo Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, no AgRg no REsp nº 1.355.348/RS, que foi confirmado pelo Ministro Moura Ribeiro (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1299481/RS): (...) *Esta Corte de Justiça possui orientação pacífica de que o prazo prescricional para a propositura de ação objetivando a revisão de cláusulas contratuais, a restituição de prêmios e a indenização por danos morais em virtude de conduta supostamente abusiva da seguradora que se recusou a renovar seguro de vida em grupo, oferecendo proposta de adesão a novo produto, é de um ano, por aplicação do art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil.*

Está-se, pois, a ver, que a recente jurisprudência do STJ, que veio se consolidando ao longo dos anos, trafega no sentido de que o prazo ânua de prescrição previsto no art. 206, §1º, II, b, do Código Civil/2002 (equivalente ao art. 178, § 6º, II, do CC/1916) é aplicável aos contratos coletivos de seguro de vida não só em relação às ações chamadas de indenizatórias, mas também às aquelas relacionadas a seguros individuais, nas quais são veiculadas outras modalidades de pretensão, inclusive as que discutem a não renovação dessa modalidade de contrato, a revisão de cláusulas contratuais e a restituição de prêmios.

Dito isso, é fácil perceber a preexistência de um norte jurisprudencial para a decisão acertadamente tomada no IAC em causa.

## 5 - Considerações finais – função socioeconômica do contrato

Em sede de considerações finais, não seria demais lembrar de que o instituto da prescrição está presente no direito e na legislação de todos os povos, desde os primeiros tempos de Roma, como nos informa CÂMARA LEAL (“*Da Prescrição e Decadência*”, Forense-Rio), sendo inegável a sua transcendente importância social (*tanto que afetada para ser julgada em IAC*), notadamente para a instituição do seguro que, por seus sistemas próprios de constituição de reservas e provisões técnicas, necessita contar, sobremaneira, com certa precisão e limitação temporal uniforme para as demandas e pretensões dos segurados, de modo que a mutualidade gerida pelo segurador não fique à mercê de uma infinita, longuíssima e dispendiosa manutenção, por isso a prescrição é, como dito e redito, instituto criado como medida de ordem pública, visando a que a estabilidade do direito, das instituições e das relações, seja assegurada, liberando as pessoas, físicas e jurídicas, de seus compromissos para que não fiquem eternizadas pelo guante e pela vergasta do tempo. Daí o acerto da decisão em comento, porque impeditiva de um desarranjo no sistema uniforme estabelecido no Código Civil para os prazos prescricionais e coibitiva de uma enorme insegurança jurídica a dano da mutualidade gerida pelo segurador, na medida em que as portas para decisões judiciais desconexas estariam escancaradas, eis que a finalidade social do contrato, posto que presente nas diversas modalidades de seguros em geral, não seria fundamento aceitável para ampliação de prazos prescricionais diferenciados.

Realmente, a função socioeconômica do contrato, que sempre acompanhou o seguro até como uma de suas particularidades, não serve de pretexto ao paternalismo, muito menos para balizar prazos de prescrição diferenciados, pois o interesse coletivo da comunidade de segurados - mutualismo - se sobrepõe ao interesse daquele que se mostre vulnerável na sua individualidade, mandando a prudência que o equilíbrio seja preservado, mormente no sistema de cláusulas abertas e gerais do Código Civil, pois a generosidade para com alguns segurados pode se transformar em perversidade para com a universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador. Agir diferente disso importaria em contrariedade ao princípio da função socioeconômica do contrato, mormente o de seguro. Por isso, oportuno lembrar, nem que por simbolismo, visão madura de uma das mais influentes Ministras do STJ, a gaúcha NANCY ANDRIGHI - que infelizmente no julgamento aqui comentado não aderiu integralmente à dourada maioria -, em um de seus votos versando a

**função social do contrato**, refreando tendências que esfumaçam a lógica e a razão que devem presidir os julgamentos serenos e justos mormente quando se está diante da elaboração de uma lei pelo poder legislativo constituído, como no campo da humanização das relações econômicas. Assim ponderou a Ministra, não sem lembrar de que há escolhas e arbítrios nos riscos a que estamos expostos: *a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade benéfica. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.* Em suma, é a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a “*função social do contrato*”, e assim nortear não só os aplicadores da lei como também os seus elaboradores, a qual não colide com os livres acordos exigidos pela sociedade. Como ponderou a 3<sup>a</sup> T. do STJ, no REsp nº 803.481, tendo como Relatora Ministra Nancy, DJU de 1/8/07 (cujo trecho de seu voto acima transcrito consta no bojo do acórdão), *a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico.*

## 6 - Referências onomásticas

- . Alves, José Carlos Moreira
- . Andrigh, Nancy (Ministra com divergência parcial)
- . Buzzi, Marco (ministro divergente)
- . Cueva, Ricardo Villas Bôas (AgRg no REsp nº 1.355.348/RS)
- . Galloti, Isabel (no REsp 759.221/PB)
- . Júnior, Aldir Passarinho (no REsp 759.221/PB)
- . Leal, Câmara
- . Mario, Caio

- . Miranda, Pontes de
- . Osório, Fábio Medida
- . Reale, Miguel
- . Salomão, Luis Felipe (ministro relator)

## **NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg**

- 1.** *O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.*
- 2.** *A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.*
- 3.** *Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.*
- 4.** *Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.*
- 5.** *As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.*

*Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.*

*MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. Revista dos Tribunais, vol. 789, 2001, pp. 27-28.*

**6.** *Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:*

**Doutrina - 10 a 30 laudas**

**Opinião - 05 a 15 laudas**

**Pareceres - 10 a 30 laudas**

**Legislação e Jurisprudência Comentada - 05 a 15 laudas**

*Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois.*

**7.** *Os destaque no texto deverão ser feitos em itálico. É vedado o uso de negrito ou sublinhado.*

**8.** *Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de itálico e utilizando recuo apenas quando ultrapassar 03 linhas.*

**9.** *As referências de jurisprudência devem conter todos os dados necessários para sua correta identificação.*

**10.** *As citações da rede mundial de computadores devem mencionar o endereço eletrônico completo e a data de acesso.*

*Exemplo: ALVES, Luis Sihva. O Direito do Seguro no Mundo Contemporâneo. Disponível em [www.umdoistres.org.br](http://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](http://www.umdoistres.org.br) Access in 29 of October of 2016.

**11.** The electronic address **revistajuridica@cnseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.

## Nossa missão

*“É congregar as lideranças das Associadas, elaborar o planejamento estratégico do setor, colaborar para o aperfeiçoamento da regulação governamental, coordenar ações institucionais de debates, divulgação e educação securitária e representar as Associadas perante as autoridades públicas e entidades nacionais e internacionais do mercado de seguros.”*



Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.  
Capa: papel Ensogloss 250 gramas | Miolo: papel Pólen Soft 80 gramas

Chegamos ao 15º número da Revista Jurídica de Seguros ainda decifrando os impactos da pandemia no setor e em nós. E é este o tema da primeira das palestras do IV Seminário jurídico proferida pelo Ministro **Luis Felipe Salomão** sobre “A segurança jurídica e o contrato de seguro em tempos de pandemia”. A esta, seguem-se “O ideal na prestação jurisdicional e a litigância de má-fé” pelo Ministro **João Otávio de Noronha**, “Mercado marginal: exercício irregular de atividade seguradora” pelo Ministro **Og Fernandes** e por fim “Saúde suplementar: a judicialização, o NatJus e a prevenção de conflitos” pelo Juiz Federal **Valter Shuenquener**. Na seção de Doutrina, de autoria de **André Luiz Freire**, **Henrique Lago da Silveira** e **Marcelo Mansur Haddad**, temos “A desnecessária autorização pública prévia para realização de campanhas de incentivo e distribuição de prêmios a corretores de seguros e sua regularidade do ponto de vista regulatório”, por **Ricardo Bechara Santos**, “Destino do capital segurado coberto por seguro de vida na modalidade VGBL, em caso de comoriência” e o atualíssimo “Inteligência Artificial e Seguros – Uma abordagem à luz da subscrição de riscos pela professora doutora **Angélica Carlini**. Ainda no tema em Opinião temos “Novas tecnologias e os contratos de seguros – Uma análise a partir do advento dos veículos conectados” por **Marcelo Barreto Leal** e **LGPD - Conversa com o Judiciário** por **Glauce Carvalhal** e o artigo de **Rachel Zinato**, “Modalidades de garantia locatícia (com foco nos títulos de capitalização) e os projetos de lei que suspendem o pagamento dos aluguéis durante a pandemia. Completa a seção “Rescindibilidade das Decisões Judiciais que versam sobre indenizações securitárias DPVAT”, pela advogada **Pamela Sabrinne dos Santos Pereira**. A seguir o brilhante e finitivo parecer de **Ana Frazão** intitulado “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização e o artigo internacional “Ciber Crimen en Derecho marítimo - Los Ciber riesgos: alcances y prevención” de autoria da eminente Doutora uruguaia **Andrea Signorino Barbat**. Encerrando este número temos “Comentário à decisão do STJ em IAC, consagrando o entendimento de que o prazo de prescrição em pretensões de segurado contra o segurador e vice-versa é de um ano. REsp afetado nº 1.303.374 por **Ricardo Bechara Santos**.

