OAB SÃO PAULO ESA

Revista Científica Virtual

UMA INSTITUIÇÃO DE ENSINO COM A MARCA OABSP

INVERNO
2015 ANO VI
Nº 21

ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO SECURITÁRIO

Diretoria

Presidente
Marcos da Costa

Vice Presidente
Ivette Senise Ferreira

Secretário-Geral
Caio Augusto Silva dos Santos

Secretário-Geral Adjunto
Antonio Fernandes Ruiz Filho

Tesoureiro
Carlos Roberto Fornes Mateucci

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO

Conselho Seccional

Conselheiros Efetivos

Ailton José Gimenez
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Américo de Carvalho Filho
Anis Kfouri Junior
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Armando Luiz Rovai
Benedito Marques Ballouk Filho
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Carlos José Santos da Silva
Carlos Roberto Faleiros Diniz
Cid Antonio Velludo Salvador
Cid Vieira de Souza Filho
Claudio Peron Ferraz
Clito Fornaciari Junior
Dijalma Lacerda
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Cosac Bortolai
Edson Roberto Reis
Eduardo Cesar Leite
Eli Alves da Silva
Estevao Mallet
Fábio Ferreira de Oliveira
Fábio Marcos Bernardes Trombetti
Fabíola Marques
Fernando Oscar Castelo Branco
Flávio José de Souza Brando
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Diniz
Horácio Bernardes Neto
Jairo Haber
Jamil Gonçalves do Nascimento
Jarbas Andrade Machioni
João Baptista de Oliveira
João Carlos Pannocchia
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
José Antonio Khattar
José Eduardo Tavolieri de Oliveira
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Paschoal Filho
José Tarcísio Oliveira Rosa
Laerte Soares
Livio Enescu
Luiz Donato Silveira
Luiz Fernando Afonso Rodrigues
Luiz Silvio Moreira Salata
Manoel Roberto Hermida Ogando
Marcio Aparecido Pereira
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares Junior
Marco Aurélio Vicente Vieira
Martim de Almeida Sampaio
Mauricio Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moira Virginia Huggard-Caine
Odinei Rogério Bianchin
Odinei Roque Assarisse
Paulo José Iasz de Morais
Raimundo Taraskevicius Sales
Ricardo Cholbi Tepedino
Ricardo Lopes de Oliveira
Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosangela Maria Negrão
Rui Augusto Martins
Sergio Carvalho de Aguiar Vallim Filho
Sidnei Alzidio Pinto
Umberto Luiz Borges D'Urso
Uriel Carlos Aleixo

Conselheiros Suplentes

Adriana Bertoni Barbieri
Adriana Galvão Moura Abílio
Aecio Limieri de Lima
Aleksander Mendes Zakimi
Alessandro de Oliveira Brecailo
Alexandre Trancho
Aluisio de Fátima Nobre de Jesus
André Simões Louro
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Antonio Jorge Marques
Antonio Ricardo da Silva Barbosa
Aristeu José Marciano
Arlei Rodrigues
Arles Gonçalves Junior
Benedito Alves de Lima Neto
Braz Martins Neto
Cesar Marcos Klouri
Charles Isidoro Gruenberg
Claudio Henrique Bueno Martini
Clemencia Beatriz Wolthers
Coriolano Aurelio de A Camargo Santos
Dirceu Mascarenhas
Domingos Sávio Zainaghi
Douglas José Gianoti
Eder Luiz de Almeida
Edivaldo Mendes da Silva
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Euro Bento Maciel Filho
Fábio Antonio Tavares dos Santos
Fábio Dias Martins
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Fábio Mourão Antonio
Fernando Calza de Salles Freire
Flávio Pereira Lima
Francisco Gomes Junior
Frederico Crissiúma de Figueiredo
George Augusto Niaradi
Glaudecir José Passador
Henri Dias
Janaina Conceição Paschoal
José Meirelles Filho
José Nelson Aureliano Menezes Salerno
José Pablo Cortes
José Roberto Manesco
José Vasconcelos
Judileu José da Silva Junior
Julio Cesar da Costa Caires Filho
Katia Boulos
Lucia Maria Bludeni
Luis Cesar Barão
Luis Roberto Mastromauro
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Tadeu de Oliveira Prado
Mairton Lourenço Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcelo Sampaio Soares
Marco Antonio Arantes de Paiva
Marco Antonio Araujo Junior
Marco Aurélio dos Santos Pinto
Marcos Antonio David
Marcus Vinicius Lourenço Gomes
Miguel Angelo Guillen Lopes
Orlando Cesar Muzel Martho
Oscar Alves de Azevedo
Otávio Augusto Rossi Vieira
Otávio Pinto e Silva
Paulo Silas Castro de Oliveira
Pedro Paulo Wendel Gasparini
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andreetta
Roberto de Souza Araujo
Sidney Levorato
Silvio Cesar Oranges
Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho
Valter Tavares
Vinicius Alberto Bovo
Vitor Hugo das Dores Freitas
William Nagib Filho
Wudson Menezes Ribeiro

Membros Natos

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Eduardo Loureiro
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio De Piza Fontes
Marcio Thomaz Bastos
Mario Sergio Duarte Garcia
Rubens Approbato Machado

Conselheiros Federais Efetivos

Guilherme Octavio Batochio
Luiz Flavio Borges D'Urso
Marcia Regina Approbato Machado Melaré

Conselheiros Federais Suplentes

Aloísio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Marcio Kayatt

Diretoria

Diretor
Braz Martins Neto

Assessora Especial da Diretoria
Helena Maria Diniz

Coordenadora Geral
Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente
Roberto Delmanto Junior

Vice-Presidente
Laerte Soares

Secretária
Lúcia Maria Bludeni

Conselheiros

Horácio Bernardes Neto
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Moira Virginia Huggard-Caine

Representantes *do Corpo Docente*

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Joung Won Kim
Sérgio Henrique Pardal Bacellar Freudenthal

Representante *de Curso de Especialização* ***Lato Sensu***

Ivete Ribeiro

SÃO PAULO

Sumário

Diretoria 02

Conselho Seccional 03

Conselho Curador 04

Editorial 05

Apresentação 06

Sobre a Revista 114

Artigos

16

Bárbara Bassani de Souza

A Prescrição e o Seguro: Reflexões e Alguns Aspectos Controvertidos

30

João Carlos Golizia

Contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde - Os Diferentes critérios de Reajuste

38

Kátia Puras

A Nova lei de Seguros do Reino Unido e os Seguros Empresariais

10 **Adriana Marchesini dos Reis**

A "Operação Lava-Jato" e o mercado segurador e ressegurador brasileiro

24 **Fabricio Ferrigno Toledo de Oliveira**

O Contrato de seguro de pessoa, havendo cláusula suplementar de inclusão de cônjuge

46 **Maria Leopoldina Vieira de Freitas**

A boa-fé objetiva nas declarações prestadas pelo segurado: O equivocado ressurgimento da boa-fé objetiva em favor do segurado

60 **Milena Carvalho Fratin**

A arbitragem na atividade seguradora e resseguradora no Brasil

78 **Raphael de Oliveira Pister**

Representante de Seguros: Conceito e Aspectos Legais

88 **Renato Silviano Tchakerian**

Aspectos jurídicos do programa de gerenciamento de riscos nos seguros de transporte

108 **Daniel Marcus**

Importância da Assessoria jurídica nas regulações de sinistro nos contratos de seguro

Expediente

Revista

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Nº 21. (Inverno - 2015.)

São Paulo: OAB/SP, 2015.

Conselho Editorial

Bráz Martins Neto

Ana Vieira

Fábio Guedes Garcia da Silveira

Ivete Ribeiro

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenador de Editoração

Débora Schalch

Colaboradores

Bruno Moraes

Roseleine Scalabrini França

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141,
Sobreloja - Liberdade

Jornalista Responsável

Marili Ribeiro

(11) 3346 6800

www.esaoabsp.edu.br

revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

A relevante função social e econômica do seguro suscita o seu constante estudo e aprimoramento, de modo a permitir que sua evolução esteja em sintonia com a evolução das sociedades e dos riscos a ela atrelados.

A maior complexidade de uma sociedade, em suas atividades econômicas, sociais, culturais, dita a maior diversidade e complexidade dos riscos e, por consequência, a demanda por produtos, capazes não apenas de proteger, mas também de estimular a inovação e o desenvolvimento econômico.

Partindo desta noção de seguro como um instrumento primordial de proteção e desenvolvimento social, a Comissão de Direito Securitário da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo, tem por principal missão fomentar o estudo e a reflexão, contribuindo assim para o aprimoramento deste instituto em seus aspectos técnicos, legais e regulatórios.

No Brasil, assim como em outros países, apesar dos crescentes números do setor, que revelam, em tempos mais recentes, a penetração do seguro até nas camadas mais pobres da sociedade, é fato o reinante desconhecimento a seu respeito.

Para que possamos transpor esta barreira do desconhecimento, o estudo e sua divulgação são ferramentas de fundamental importância, pois apenas disseminando o conhecimento, tornando-o mais acessível e democrático, teremos condições de contribuir para o desenvolvimento do seguro em toda sua potencialidade.

Atenta à missão que orienta os seus trabalhos, a Comissão de Direito Securitário da OAB São Paulo, em honrosa parceria com a Escola Superior de Advocacia da OAB-SP, promove através desta Revista Científica Virtual a publicação de artigos produzidos por advogados e membros da Comissão, objetivando transmitir aos leitores uma visão sobre temas relevantes e atuais de seguro, fruto das experiências de seus autores como profissionais atuantes e estudiosos do direito securitário.

Adriana Marchesini dos Reis, em seu artigo a "A 'Operação Lava Jato' e

o Mercado Segurador e Ressegurador Brasileiro", aborda tema de grande atualidade relativo à Operação Lava Jato e seus impactos sobre o mercado de seguro e resseguro brasileiro, discorrendo sobre os efeitos econômicos e jurídicos e os reflexos do inadimplemento das obrigações contratuais para as diversas modalidades de seguro, em especial para o seguro garantia e seguro D&O, com a indicação de perspectivas e tendências para o futuro.

Bárbara Bassani de Souza, no artigo "A Prescrição e o Seguro: Reflexões e Alguns Aspectos Controvertidos", analisa as questões mais relevantes acerca da prescrição no contrato de seguro, observando que a polêmica concernente à matéria gira em torno não só da identificação do prazo prescricional, mas principalmente do marco inicial em que este será verificado para o ajuizamento da demanda.

Daniel Marcus, no artigo "A Importância da Assessoria Jurídica nas Regulações de Sinistro nos Contratos de Seguro", trata de aspectos da assessoria jurídica nas regulações de sinistro, como forma de conferir às Seguradoras maior segurança técnico-jurídica na tomada de decisão.

Fabricio Ferrigno Toledo de Oliveira, em "O contrato de seguro de pessoa, havendo cláusula suplementar de inclusão de cônjuge", trata da contratação de cláusula suplementar de inclusão de cônjuge nas apólices coletivas, trazendo conceitos como o de interesse segurável, segurado e beneficiário.

João Carlos Golizia, em "Contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde - Os Diferentes Critérios de Reajuste", relaciona as diferentes formas de contratação de planos privados de assistência à saúde e seus respectivos critérios de reajuste.

Kátia Puras, em "A Nova Lei de Seguros no Reino Unido e os Seguros Empresariais", aborda as principais alterações da nova legislação de seguros no Reino Unido trazidas pela nova Lei de Seguros de 2015 e os pontos sensíveis relativos a seguros empresariais.

Maria Leopoldina Vieira de Freitas, em seu artigo "A boa-fé objetiva nas declarações prestadas pelo segurado: O equivocado ressurgimento da boa-

fé subjetiva em favor do segurado" trata do princípio da boa-fé objetiva em relação ao dever do segurado de fornecer informações completas e verídicas para a correta análise do risco, sob pena de perda do direito ao recebimento da indenização securitária, independentemente da intenção do segurado.

Milena Carvalho Fratin, sob o título "A Arbitragem na Atividade Seguradora e Resseguradora no Brasil", destaca a representatividade econômica do setor de seguro no Brasil e o surgimento da necessidade de se encontrar métodos mais ágeis para solucionar eventuais conflitos advindos dos contratos de seguro e resseguro, como alternativa aos tribunais.

Raphael de Oliveira Pister, sob o título "Representante de Seguros: Conceito e Aspectos Legais", analisa as principais diferenças na atuação do representante de seguros, regulamentado pela Resolução CNSP 297/2013, e o corretor de seguros, o agente e o estipulante.

Renato Silviano Tchakerian, em "Aspectos Jurídicos do Programa de Gerenciamento de Riscos nos Seguros de Transporte", trata do estabelecimento de Programas de Gerenciamento de Riscos nas operações ligadas a seguros de transportes e das controvérsias jurídicas, especialmente nos casos de roubo e furto de cargas, em que eventual descumprimento do PGR previamente estabelecido pode conduzir à negativa de pagamento da indenização securitária. Trata, ainda, do direito regressivo da seguradora em face do transportador que descumpriu o PGR.

Nesse número, a Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP abriu uma importante porta para que a Comissão de Direito Securitário da OAB-SP e seus integrantes possam contribuir para a disseminação e avanço do conhecimento sobre o seguro, através de artigos que exploram temas de grande interesse para o mundo acadêmico e profissional.

Débora Schalch

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO

Aprimore seus *conhecimentos* com quem é *referência!*

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

OAB

SÃO PAULO

Cursos ***de Extensão e Especialização à distância***

A *"OPERAÇÃO LAVA JATO"* E O *MERCADO* SEGURADOR E **RESSEGURADOR** *BRASILEIRO*

Palavras-Chave

"Operação Lava Jato"; mercado; seguro; resseguro; garantia; regulamentação; normativos; obrigações; sinistro; expectativa; reclamação; seguro garantia; D&O; "Directors and Officers"; provisionamento; investigações; políticos; Polícia Federal; movimentações financeiras; dinheiro; empreiteiras; investidores; oportunidade; negócio; tendência; contratos; licitações; crise; esquema; corrupção; confisco; propina; lavagem de dinheiro; repasse; desvio; Petrobrás; cassação; prisões; desaceleração da economia; desaquecimento econômico; fuga de capitais; investimentos estrangeiros; inflação; taxas de juros; câmbio; "rating"; insegurança; dólar; inidoneidade; inadimplemento contratual; risco; impactos; ilegalidade; escândalo.

Adriana Marchesini dos Reis

Pós-graduada no MBA de Direito do Seguro e Resseguro da Escola Superior Nacional de Seguros (ESNS), da Fundação Nacional de Seguro (Funenseg). Especialista em negociações internacionais e em economia política internacional. Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

A "Operação Lava Jato" é, atualmente, um dos temas mais presentes na mídia brasileira e diz respeito a uma das maiores investigações deflagradas pela Polícia Federal em toda a história do Brasil.

A operação teve início em março de 2014, após a Polícia Federal descobrir uma casa de câmbio de valores que atuava ilegalmente dentro de um posto de gasolina localizado no setor hoteleiro de Brasília, a cerca de 3 (três) quilômetros do início da Esplanada dos Ministérios.

Após evidências de que a casa operava movimentações financeiras suspeitas no exterior, a Polícia Federal abriu investigações. Durante o procedimento investigatório, em depoimento à Justiça Federal, o gerente geral do posto de gasolina afirmou que no local eram feitas entregas de dinheiro em espécie para políticos em Brasília. Deu-se, então, o primeiro passo para a "Operação Lava Jato".

A partir da informação fornecida pelo gerente geral do posto de gasolina, a Polícia Federal prosseguiu com as investigações e prendeu o doleiro Alberto Youssef, suspeito de comandar um complexo esquema de lavagem, repasse e desvio de dinheiro envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S.A. ("Petrobrás"), que é estatal de economia mista, cujo acionista majoritário é o Governo do Brasil. Em seguida, a Polícia Federal prendeu o ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa.

Posteriormente às prisões, a Polícia Federal descobriu uma série de vínculos entre o doleiro, o ex-diretor da Petrobrás, empreiteiras e políticos do atual governo e de mandatos anteriores, em uma operação que envolve a presidente Dilma Rousseff, derrubou a diretoria da Petrobrás, culminou na cassação de diversos mandatos políticos e conta com diversos nomes sob investigação civil e criminal, além de réus em ações coletivas no Brasil e em processos ajuizados por investidores estrangeiros e pelo Ministério Público Federal.

Atualmente, a Polícia Federal tem atuado no sentido de aprofundar os procedimentos investigatórios para identificar ilegalidades, inclusive com o emprego de delação premiada, pela qual os próprios envolvidos revelam detalhes das operações em troca da amenização de penas.

Ademais, estão sendo cumpridos mandados judiciais de prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão e condução coercitiva para depoimento, bloqueios de ativos, entre outros.

A mídia, nesse sentido, tem acompanhado de perto os escândalos deflagrados pelas investigações da Polícia Federal, o que tem feito com que a "Operação Lava Jato" se mantenha presente, em destaque, nos jornais e noticiários do Brasil e do mundo e se revele, atualmente, como sendo o maior escândalo de lavagem de dinheiro, repasses de valores, desvios e corrupção ativa e passiva da história do Brasil.

Segundo informações da Polícia Federal, estima-se em R$ 19 bilhões o prejuízos verificados, até o momento, na Petrobrás. Em balanço divulgado em abril de 2015, a empresa admitiu perdas de R$ 6,2 bilhões com a corrupção no ano passado.

Investigações da Polícia Federal tornaram público o envolvimento da Petrobrás com um esquema de pagamento de propinas em troca de favorecimentos contratuais e em licitações públicas de algumas das maiores empreiteiras atuantes no Brasil, entre as quais a Alusa (atual Alumni), Andrade Gutierrez,

Camargo Corrêa, Carioca Engenharia, Construcap, Egesa, Engevix, Fidens, Galvão Engenharia, GDK, Iesa, Jaraguá Equipamentos, Mendes Junior, MPE, OAS, Odebrecht, Promon, Queiroz Galvão, Setal, Skanska, Techint, Tomé Engenharia e UTC.

O avanço das investigações da "Operação Lava Jato" revelou, ainda, indícios de envolvimento de importantes nomes do cenário político brasileiro, entre os quais a presidente Dilma Rousseff, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e o ex-presidente Fernando Collor de Mello, que renunciou ao cargo em 1992 ante a iminência de processo de "impeachment" por corrupção e confisco de valores. Outros nomes também aparecem com suspeita de envolvimento no esquema, entre os quais o ministro da Justiça José Eduardo Cardozo e os ex-ministros José Dirceu e Antonio Palocci.

Este cenário de incerteza política tem acarretado movimentos sociais pela deposição da presidente Dilma Rousseff, além de diversos impactos na economia brasileira.

Índices atuais revelam um aumento significativo da inflação, das taxas de juros e de câmbio, o que suscita insegurança no mercado interno, além do encarecimento dos produtos e da diminuição do consumo. Como consequência, agências de avaliação de risco reduziram a classificação ("rating") do Brasil, o que espanta investidores e consagra, em definitivo, a tendência de desaquecimento da economia e o desequilíbrio da balança comercial brasileira no futuro próximo e também no médio prazo.

Para a população em geral, os efeitos da crise política e econômica vêm sendo sentidos nos mais diversos segmentos sociais. O valor da cesta básica aumentou nas principais cidades do Brasil. Também foram registrados aumentos nos preços da carne bovina, do leite e do pão francês, notadamente mais caros do que nos anos anteriores. A inflação média repassada ao consumidor se aproxima de 10% (dez por cento) nos últimos 12 (doze) meses, o que corrói o poder de compra do cidadão médio e torna a caderneta de poupança quase inócua, ante a remuneração de pouco mais de 8% ao ano.

O resultado deste cenário, na indústria, se verifica pela desaceleração da produção, de modo que se espera uma redução no crescimento econômico e PIB (Produto Interno Bruto) discreto nos balanços brasileiros. Estes efeitos, por sua vez, levam um grande número de empresas a reduzir ou paralisar investimentos, o que acarreta demissões de funcionários e, em casos mais graves, pedidos de recuperação judicial.

O desaquecimento da indústria leva a outro fator que tem sido observado, que é a fuga de capitais, com a consequente diminuição dos dólares em circulação no Brasil. A evasão de investimentos estrangeiros diretos acarreta o aumento da taxa cambial e, por consequência, o aumento do dólar no Brasil, em decorrência do temor dos investidores estrangeiros com relação à segurança jurídica das instituições no País. Com isso, torna-se mais caro viajar para o exterior e consumir produtos importados no Brasil.

Todos estes fatores impactam os diversos setores da economia brasileira, entre os quais o mercado de seguros e resseguros no Brasil.

A redução dos investimentos em geral diminui a produção, o que implica na redução da demanda relacionada a diversos produtos de seguros, tais como os seguros patrimoniais, os seguros de transportes

de carga, os seguros de responsabilidade civil, os seguros de gerenciamento de riscos, entre outros.

Quanto mais desaquecida se torna a economia, menos são comercializados os produtos de seguros e maior se torna o risco de sinistros decorrentes de inadimplementos contratuais, com especial ênfase para o cumprimento de prazos, em razão das dificuldades que vêm sendo experimentadas pelas empresas para cumprir o avençado nos contratos garantidos.

Outro aspecto que deve ser considerado é o fato de as investigações da Polícia Federal impactarem a idoneidade de diversas empreiteiras envolvidas no esquema de corrupção, o que deverá acarretar uma redução no número de empresas disponíveis para participar de licitações e das opções capazes de garantir as melhores condições para performar os objetos licitatórios. Como resultado, espera-se uma diminuição, também, das demandas do mercado segurador e ressegurador, sobretudo com relação a seguros de grandes riscos, seguros de riscos de engenharia, seguro garantia, D&O, entre outros.

O seguro garantia, nesse contexto, deve ser diretamente afetado pela "Operação Lava Jato", na medida em que garante o cumprimento de obrigações contratuais. O cenário de incerteza econômica e insegurança jurídica do Brasil atual pode favorecer atrasos ou o descumprimento de grandes contratos do setor público e também privado, especialmente em áreas sensíveis, tais como grandes riscos e obras de engenharia, em razão do envolvimento de empreiteiras no esquema de corrupção e lavagem de dinheiro. Tal fato possibilita um aumento nas expectativas de sinistros de seguro garantia decorrentes do risco de inadimplemento de obrigações contratuais.

Ademais, a legislação e a regulamentação de seguros no Brasil exigem provisionamento dos seguradores, a fim de assegurar a solvência das companhias. Com o aumento das expectativas de sinistros, há a necessidade de provisionamento, o que influencia diretamente os ativos garantidores dos seguradores e pode significar a necessidade de injeção de capital para assegurar o cumprimento dos normativos e da regulamentação brasileira de seguros e resseguros. Por sua vez, o provisionamento acarreta a redução dos ativos financeiros livres das companhias, o que também impacta diretamente a capacidade dos seguradores de atuar financeiramente no mercado.

Já o seguro D&O ("Directors and Officers") destina-se, basicamente, a proteger o patrimônio pessoal dos diretores e administradores, na condição de pessoas físicas, em face de prejuízos resultantes do exercício de atividades características de cargos ou funções diretivas por eles exercidas.

O seguro D&O tem se desenvolvido sobremaneira nos últimos anos, sobretudo em decorrência da conscientização dos diretores e administradores quanto ao risco de constrição de seu patrimônio pessoal como consequência do exercício de seus cargos e atividades.

Com a "Operação Lava Jato", evidenciou-se de maneira jamais vista a importância do seguro D&O, especialmente com relação à cobertura para custos de defesa em face da responsabilização pessoal de diretores e administradores envolvidos em operações sob investigação da Polícia Federal.

Desse modo, os produtos relacionados ao seguro D&O, que já vinham se desenvolvendo como tendência no mercado de seguros, atualmente têm sido colocados à prova, em razão do aumento das expectativas de sinistro resultantes do avanço das investigações da Polícia Federal quanto às transações relacionadas à "Operação Lava Jato".

Ao contrário do que muitos discutem, o seguro D&O, nesse cenário, tende a crescer, já que restaram evidenciados, como nunca, os riscos pessoais a que se encontram submetidos os diretores e administradores de grandes companhias envolvidas em operações complexas, o que justifica a importância do seguro D&O para o exercício de cargos de gestão.

Por outro lado, a tendência é a de que os produtos relacionados ao seguro D&O sejam aprimorados, a fim de especificar, no clausulado, entre outros ajustes, exclusões expressas para envolvidos na "Operação Lava Jato", além de maior observância às regras de governança corporativa e mais precisão e clareza nas informações a serem apresentadas no questionário de subscrição.

Outra tendência é a de o seguro D&O se torne mais caro em razão do aumento da sinistralidade. Dados da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) demonstram que os prêmios cobrados por seguros a executivos passaram de R$ 68,3 milhões no primeiro trimestre de 2014 para R$ 104,5 milhões no mesmo período de 2015, o que indica tanto o aumento do valor dos contratos quanto o aumento da procura por esse ramo de seguro.

Nesse sentido, o aumento das expectativas de sinistro avisadas às seguradoras, nos mais diversos ramos de seguros, portanto, revela uma tendência a franco aumento nas reclamações de indenização de seguro, o que representa mais um fator que impacta diretamente os ativos garantidores das companhias seguradoras e pode significar o acionamento dos contratos de resseguros no exterior.

Por todos esses fatores, não resta dúvida de que a "Operação Lava Jato" impacta o cenário político e econômico do Brasil e põe à prova a segurança jurídica das instituições brasileiras, sobretudo perante a sociedade brasileira e os investidores estrangeiros.

O cenário brasileiro atual é de cautela e os impactos no mercado segurador e ressegurador brasileiro já podem ser observados e sentidos, mas devem ser analisados em longo prazo, uma vez que os setores da economia nacional foram impelidos a reformular seus modelos de desenvolvimento econômico.

Tal fato, porém, ao mesmo tempo em que gera insegurança, representa também oportunidades, sobretudo no mercado segurador e ressegurador brasileiro, na medida em que novos modelos de negócios estão sendo desenvolvidos e deverão ser assegurados em face de contingências futuras.

Novos segmentos, portanto, podem surgir a partir da crise, com o consequente aprimoramento de produtos de seguros já existentes. Por essa razão, é fundamental que o mercado esteja atento e preparado para atuar no novo cenário político e econômico que vem se desenhando no Brasil.

Cautela é essencial, mas é também fundamental identificar e atuar frente às novas oportunidades de negócios que emergem no atual cenário brasileiro.

Referências Bibliográficas

– Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Disponível em: <http://www.susep.gov.br>. Acesso em: 03/08/2015.

– "Operação Lava Jato". Portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/index.html>. Acesso em: 03/08/2015.

– "Operação Lava Jato". Portal Último Segundo. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/index.html>. Acesso em: 03/08/2015.

– "Operação Lava Jato". Portal UOL Notícias. Política. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/temas/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 03/08/2015.

– DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/>. Acesso em: 03/08/2015.

A *Prescrição* e o **Seguro**: *Reflexões* e Alguns Aspectos *Controvertidos*

Sumário

1. Prazos Prescricionais no Contrato de Seguro. 2. Algumas questões Polêmicas. 2.1. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. 2.2 O marco inicial da ciência inequívoca da invalidez. 2.3 O prazo para pleitear danos morais advindos do contrato de seguro. 2.4 O prazo prescricional no contrato de resseguro. Referências Bibliográficas.

Palavras- chave

Contrato de seguro. Prescrição. Marco inicial da prescrição. Modalidades securitárias.

Bárbara Bassani de Souza

Advogada com ênfase em seguros e resseguros (consultoria e contencioso estratégico). Mestre em Direito Civil na Universidade de São Paulo (término em 2015). Especializada em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2011). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2009). Professora Assistente de Cursos sobre Seguros. Membro da AIDA. Coautora de livros e autora de artigos.

1. Prazos Prescricionais no Contrato de Seguro

O Código Civil brasileiro, diferentemente do Código Civil italiano, da Lei de Seguros Espanhola e da Lei de Seguros Argentina, não faz qualquer distinção em relação a seguros de danos e seguros de pessoas, no tocante à prescrição. Para efeitos de prazo prescricional, o Código Civil atual diferencia três modalidades de seguro: seguro de responsabilidade civil facultativo, seguro de responsabilidade civil obrigatório e demais seguros.

O artigo 206, § 1º, inciso II, alíneas a e b, do Código Civil atual estipula o prazo prescricional ânuo no seguro de responsabilidade civil facultativo e nos demais seguros [1].

Com relação ao seguro de responsabilidade civil obrigatório, aplica-se a prescrição trienal no inciso IX, do § 3º, do artigo 206[2] .

Destarte, para que seja verificado o prazo prescricional de um contrato de seguro é necessário, antes de mais nada, identificar a sua espécie (responsabilidade civil obrigatória, facultativa ou demais seguros).

Conforme se depreende do Código Civil atual, no caso de seguro de responsabilidade civil facultativo, o prazo começa a correr a partir da data em que o segurado é citado para responder à ação de indenização proposta por terceiro prejudicado. Nos demais seguros, o prazo terá início a partir da ciência do fato gerador da pretensão.

Por fato gerador da pretensão leia-se a data em que o segurado teve ciência da violação de seu direito, que pode ser a negativa ao pagamento da indenização ou até mesmo o recebimento de valor parcial da indenização ou a data do próprio sinistro, em algumas situações (embora o diploma atual tenha adotado o princípio da actio nata).

Do mesmo modo, irá se submeter a prescrição anual, a cobrança judicial do segurador referente ao prêmio não pago decorrente do inadimplemento do segurado.

Diferente situação, contudo, nos casos de seguro de dano[3], em que a seguradora sub-roga-se no direito do segurado e possui direito de ação de regresso contra o causador do dano . Nesta hipótese, não haverá aplicação analógica do prazo prescricional,

1 Art. 206. Prescreve:
§ 1o Em um ano:
(...)
II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:
a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.
b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.

2Art. 206. Prescreve:
(...)
§ 3o Em três anos:
(...)
IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

3 Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

pois, o artigo 206, § 1º, inciso II, dispõe apenas da pretensão do segurado contra o segurador e não deste contra aquele. O prazo prescricional então deve ser aquele que o segurado teria em relação ao causador do dano, muito embora há quem entenda que possa ser aplicado, indistintamente o prazo trienal, conforme inciso V, do § 3º do mencionado artigo que trata da reparação civil.

Nesse contexto, uma ação regressiva a ser ajuizada em face do transportador aéreo, por exemplo, deve ser ajuizada pela seguradora no prazo prescricional bienal a que alude o artigo 29, da Convenção de Varsóvia[4] .

Quanto à suspensão do prazo prescricional no contrato de seguro, merece destaque, a questão da incidência ou não da Súmula 229, do Superior Tribunal de Justiça: "O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão."

Referida Súmula foi publicada em 1999, ainda na vigência do Código Civil de 1916, pelo qual, o marco inicial do prazo prescricional era a data do sinistro.

Assim, enquanto pendente a regulação do sinistro fazia-se necessária a suspensão do prazo prescricional, para que o direito de reaver o valor da indenização não fosse obstado a bel prazer da seguradora.

Desta feita, enquanto pendente o pedido na esfera administrativa, fica suspenso o prazo prescricional que somente volta a fluir com a negativa da seguradora, contando-se os dias remanescentes.

O que se discute, entretanto, é a incidência da referida Súmula após o advento do Código Civil de 2002.

Há quem defenda[5] que por ter o atual diploma adotado o princípio da actio nata (artigo 206,§ 1º, II, b) razão não haveria para se falar em suspensão porque a pretensão sequer teria surgido.

Tal argumento, com o devido respeito, não merece prosperar porque a própria letra da lei refere-se ao fato gerador da pretensão, que nada mais é do que o próprio sinistro. Além disso, se a interpretação fosse a de que o fato gerador seria qualquer outro marco, por certo, a pretensão poderia ser exercida por longo período temporal, podendo superar inclusive o prazo geral de dez anos previsto no ordenamento civil, o que iria em desencontro com a própria vontade do legislador.

---

4 (1) L'action en responsabilité doit être intentée, sous peine de déchéance, dans le délai de deux ans à compter de l'arrivée à destination ou du jour ou l'aéronef aurait dû arriver, ou de l'arrêt du transport.
(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm).

5 Neste sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves:
Tal enunciado foi aprovado no período de vigência do Código Civil de 1916 e não se coaduna com as novas regras sobre prescrição do diploma de 2002 (arts. 189 a 206).
(...)
Espera-se, por isso, que o Superior Tribunal de Justiça promova a revisão da mencionada Súmula 229, nos termos da jurisprudência assentada nos diversos tribunais do país.
(GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 512).

De qualquer modo, a Súmula em questão permanece vigente no Superior Tribunal de Justiça e é utilizada como fundamento para o reconhecimento da prescrição em diversos casos[6] .

Claro é que referida condição suspensiva somente pode ser aplicada se o prazo prescricional ainda não tiver findado.

Além das causas suspensivas da prescrição, aplicam-se também ao contrato de seguro, as causas interruptivas elencadas no artigo 202, do Código Civil, dentre as quais, vale destacar a hipótese prevista no inciso VI, que estipula a interrupção, quando verificada a prática de ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor.

Esta hipótese é relevante diante do elevado número de discussões no judiciário, envolvendo pedido de complemento de indenização securitária. Em ações desta natureza, deve-se levar em conta, o fato de que o pagamento administrativo, nada mais é do que o reconhecimento pela seguradora do direito do segurado, ou seja, se coaduna exatamente na hipótese prevista no artigo supracitado.

Desta feita, a suspensão e a interrupção não se confundem. Estará suspenso o prazo prescricional, a teor da Súmula 229, do Superior Tribunal de Justiça, entre a data do pedido administrativo e a data em que recebido o pagamento.

A partir do pagamento da indenização securitária na esfera administrativa, isto é, a partir do momento em que foi reconhecido extrajudicialmente o direito do devedor, haverá interrupção do prazo prescricional.

2. Algumas questões Polêmicas

2.1. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27, estabelece o prazo prescricional único de cinco anos para a pretensão de reparação de danos causados por fatos do produto e do serviço[7] .

É cediço que, quando evidenciada a relação de consumo, o seguro submete-se às regras da legislação consumerista, porquanto a atividade securitária foi incluída no conceito de serviços, em artigo 3º,§ 2º[8] .

Contudo, mesmo quando o contrato de seguro estiver subordinado às regras protetivas da legislação consumerista, o prazo prescricional será aquele

---

6 AgRg no REsp 1002620 / RS, 4ª TU, Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, D. J. 06/05/2010 /
AgRg no REsp 840462 / SP, 3ª TU, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, D. J. 14/04/2011.

7 Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

8 Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

previsto no Código Civil e não o prazo quinquenal previsto na legislação consumerista, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça[9] .

O fundamento para a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato de seguro é o fato de que a regra prescricional nele contida se aplica apenas às pretensões oriundas de fato de serviço. Assim, a situação de inadimplemento contratual advinda do contrato de seguro não estaria abrangida.

Cumpre notar também que existe uma preocupação do mercado segurador em relação ao Projeto de Lei 283, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), para inserir o artigo 27-A[10] , que amplia o prazo prescricional das pretensões dos consumidores para dez anos. A preocupação consiste justamente no fato de que até então o prazo prescricional previsto no CDC é afastado quase que de forma pacífica, mas o fundamento para tal afastamento é, dentre outros, o fato de que o CDC somente prevê a prescrição para fato do produto ou do serviço e a redação proposta no novo artigo não faz tal distinção, o que poderia modificar o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial, caso venha a ser aprovada a inclusão do artigo.

A estipulação de prazo decenal, ainda que nas relações de consumo dificulta e muito até mesmo a regulação dos sinistros, o que pode vir a causar prejuízos ao próprio segurado, sem olvidar os grandes prejuízos das seguradoras na provisão de suas reservas.

Não se nega a existência de fundamento para a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de seguro quando verificada a relação de consumo. Contudo, a atividade securitária é regulamentada e amplamente fiscalizada pela Superintendência de Seguros Privados, o que significa que não deve ser abrangida por completo pela legislação consumerista dada a sua especificidade.

2.2 O marco inicial da ciência inequívoca da invalidez

Quando a pretensão indenizatória tem como fato gerador a invalidez do segurado, por exemplo, no seguro de acidentes pessoais, em que se pleiteia indenização por invalidez, muito se discute acerca do marco inicial da ciência inequívoca do estado de invalidez.

Destarte, somente com a ciência inequívoca do estado de invalidez permanente começará a fluir o prazo prescricional para pleitear a indenização securitária. Entretanto, inúmeras são as ações judiciais em que se discute o aludido momento em que o segurado teve esta ciência inequívoca.

Por vezes, a simples comprovação mediante

---

9 REsp 574947 / BA, Segunda Seção, Min. Nancy Andrighi, D. J. 09/06/2004 / REsp 953296 / SC, Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, 4ª TU, D. J. 03/11/2009.

10 Artigo 27-A As pretensões dos consumidores não reguladas nesta seção prescrevem em dez anos, se a lei não estabelecer prazo mais favorável ao sujeito vulnerável.

relatórios médicos de que a lesão suportada é irreversível, torna-se suficiente[11] . Todavia, essa não parece a melhor solução porquanto os relatórios são produzidos de forma unilateral e acostado aos autos por quem tem interesse direto na lide e demonstrar que não ocorreu a prescrição.

Com relação ao Seguro Obrigatório, a Lei n°6.194/74, em seu artigo 5º, § 5º[12] , prevê que cabe ao Instituto Médico Legal elaborar o laudo para a concessão da indenização por invalidez. Contudo, em razão da deficiência deste órgão na confecção do laudo, o qual, em raras ocasiões aponta o grau da lesão, a comprovação da invalidez e cálculo do percentual da indenização que é baseado no grau de comprometimento do membro e em conformidade com os percentuais estabelecidos pela Tabela da SUSEP, acaba sendo verificada por laudo pericial judicial.

Há ainda o entendimento de que a concessão do benefício do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) seria suficiente para a comprovação de invalidez nos casos de seguro de vida[13] .

Tal entendimento, todavia, é inócuo, pois, na maioria das vezes, os critérios utilizados pelo órgão previdenciário para a concessão do benefício são diferentes dos critérios previstos no contrato de seguro, mormente porque considera fatores de ordem profissional e a inadequação do beneficiário a uma readaptação profissional. A isso soma-se o fato de que a concessão do benefício do INSS é prova emprestada, rechaçada pelo Código de Processo Civil.

2.3 O prazo para pleitear danos morais advindos do contrato de seguro

Outra discussão é no tocante à prescrição do prazo para pleitear indenização a título de danos morais advindos do contrato de seguro.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento de que o prazo prescricional para que o segurado pleiteie indenização a título de danos morais referentes a não renovação da apólice de seguro de vida é de um ano, em consonância com a Súmula 101 daquele Tribunal[14] .

Assim, embora o pedido seja de indenização a título de danos morais (pretensão de reparação civil, cujo prazo é em regra, trienal), se o direito para pleitear indenização securitária prescreve em um ano e se após um ano não poderá mais reclamar a extinção do contrato de seguro, razão alguma haveria para que os danos morais advindos do mesmo seguro prescrevessem em prazo diverso.

A prescrição ânua deve ser aplicada não só

---

11 AgRg no REsp 1237251 / MG, 3ª TU, Min. Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, D. J. 14/04/2011.

12 Art . 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.
§ 5o O Instituto Médico Legal da jurisdição do acidente ou da residência da vítima deverá fornecer, no prazo de até 90 (noventa) dias, laudo à vítima com a verificação da existência e quantificação das lesões permanentes, totais ou parciais.

13 REsp 1084883 / SP, 3ª TU, Min. Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, D. J. 16/11/2010.

14 Resp n° 759.221- PB, Min. Rel.. Aldir Passarinho Junior, D. J. 12/04/2011.

nas situações em que as partes estão vinculadas pela relação de seguro, mas também quando a pretensão advém desta relação, tal como a pretensão indenizatória a título de danos morais advindos pela não renovação do seguro.

2.4 O prazo prescricional no contrato de resseguro

Embora o presente artigo tenha como objeto principal tratar de algumas questões que envolvem o contrato de seguro, é impossível não mencionar o recentíssimo julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça[15] , que entendeu que o resseguro tem natureza jurídica de contrato de seguro, razão pela qual ao resseguro se aplica o prazo prescricional anual.

É preocupante o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter igualado o resseguro ao seguro, no tocante à natureza jurídica, para justificar a aplicação do prazo prescricional pelo simples fato de que o contrato de seguro tem a natureza jurídica de um contrato de adesão, ao passo que o contrato de resseguro não é de adesão, embora lhe sejam comuns a existência de consensualidade, bilateralidade e até mesmo aleatoriedade ou comutatividade (a depender da posição doutrinária seguida em relação a isso).

Além disso, o ordenamento civil é claro ao estabelecer que o prazo prescricional é aquele previsto em lei, ressalvando que, na falta de previsão, deve ser aplicado o prazo prescricional geral. Assim, como a lei brasileira[16] é silente em relação ao prazo do ressegurado perante o ressegurador, o prazo aplicado deve ser o geral de dez anos.

Não se critica aqui a exiguidade do prazo de um ano fixado pelo STJ, mas sim a decisão contra legem que foi proferida, o que provoca absoluta insegurança jurídica.

Talvez a única hipótese em que poderia se justificar o prazo anual no resseguro seria quando a pretensão a ser exercida é do segurado. Apesar de o ressegurador não ter qualquer relação com a responsabilidade do segurador assumida perante o seu segurado, os artigos 13 e 14, da Lei Complementar nº 126/07, excepcionam tal regra quando há insolvência do segurador e se tratar de resseguro facultativo na forma definida pelo órgão regulador de seguros; ou, de resseguro facultativo ou automático com cláusula contratual de pagamento direto.

No caso, então, de pagamento direto do segurado perante o ressegurador, admitida em tais hipóteses, o prazo de prescrição ânua faria um certo sentido.

Estas são algumas das considerações acerca do assunto, que certamente não esgotam a discussão, que pela relevância do tema mereceria estudo próprio.

---

15 Resp 1.170.057 / MG, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuevas, 3ª TU, D.J. 17/12/2013.

16 O Código italiano, ao contrário, prevê que o prazo prescricional no resseguro é o mesmo aplicável no seguro, conforme artigo 2.952.
Cumpre notar que o Projeto de Lei do Contrato de Seguro (PL 3.555/2004, de autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, atual PL 8.034/2010, de autoria do deputado Rubens Moreira Mendes), que estabelece normas gerais em contratos de seguro privado e revoga dispositivos do Código Civil, do Código Comercial, e do Decreto-Lei nº 73/66, contém previsão em seu artigo 131 para que a prescrição das pretensões existentes entre as seguradoras, resseguradoras e retrocessionárias seja de um ano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Prescrição no Código Civil. Uma análise interdisciplinar. Prescrição no Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas. 2008.

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.

GOMES, Orlando. Contratos. Direito Civil Brasileiro. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. v.3.

NERY, Nelson Junior e Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Nelson Junior e Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O contrato de seguro de pessoa, *havendo cláusula* suplementar de **inclusão** *de cônjuge.*

Sumário

Introdução. 1.Aspectos específicos do contrato feito sobre a vida do cônjuge do segurado contraente: pessoas envolvidas e interesse segurável. Referências Bibliográficas.

Palavras- chave

Seguro de vida – interesse segurável – estipulante - segurado – cônjuge – beneficiário.

Fabricio Ferrigno Toledo de Oliveira

Especialista em Direito Processual Civil pela UniFMU. Advogado.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OAB
SÃO PAULO

Introdução

O dicionário da língua portuguesa MICHAELIS traz ao verbete seguro significados substantivos sinônimos tais como proteção, cuidado, prudência, cautela, calma etc. Todos estes substantivos podem significar estado de paz; e a paz é o estado mais propício para o desenvolvimento humano (sem ela não se pensa em outra coisa, a não ser a volta dela).

O contrato de seguro pode ser considerado um elemento que traz paz: se não traz a paz ao seu beneficiário, ao menos minora o estado de tristeza daquele que sofreu o sinistro ou dependia daquele que sofreu.

"A natureza do contrato de seguro é uma só para todas as espécies. Seja privado seja público (social, estatal) o seguro, a finalidade é a mesma: dar alguém a tutela contra o sinistro, o acontecimento futuro e incerto, que às vezes apenas tem incerto o momento".[1]

E para tratar de contrato de seguro de vida privado, mais especificamente da cláusula suplementar de inclusão de cônjuge (art. 34 da Circular SUSEP 302/2005), é que o presente estudo trará conceitos sobre importantes pontos que ainda são equivocados no mundo jurídico.

Outrossim, serão verificados alguns conceitos jurídicos tais como interesse segurável; risco e as pessoas envolvidas no seguro privado (estipulante, segurado e beneficiário).

Por fim, o presente estudo procurará harmonizar a boa técnica securitária com os conceitos jurídicos, não com o objetivo de esgotar o assunto, mas procurando clarear o assunto para que as indenizações no seguro de pessoa, havendo cláusula suplementar de inclusão de cônjuge, sejam corretamente pagas.

1. Aspectos específicos do contrato feito sobre a vida do cônjuge do segurado contraente: pessoas envolvidas e interesse segurável

O contrato de seguro sobre a vida humana está disposto no Código Civil nos artigos 789 ao 802 e é denominado "Do Seguro de Pessoa". Verifica-se já no primeiro dispositivo legal (artigo 789) a possibilidade de "contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse".

Pela leitura de referido dispositivo legal, verifica-se haver somente a expressão interesse e não interesse segurado como disposto na seção que dispõe sobre seguro de dano. A melhor interpretação é a de que o termo interesse no seguro de pessoa significa interesse segurável.

Possivelmente o legislador não quis deixar expressa a expressão interesse segurado (a mesma utilizada no seguro de dano, conforme alhures esclarecido) sobre a vida humana, pois esta não tem preço. Talvez a fim de não dar azo às discussões desnecessárias é que o legislador optou por somente inserir a terminologia interesse na seção sobre seguro de pessoas, ressaltando sempre que o interesse segurável, em si, não é a vida humana, mas sim a manutenção patrimonial a qual o beneficiário ou segurado buscam para manterem-se na mesma situação patrimonial, como se a vida humana que se foi estivesse presente para o beneficiário (no caso

1 PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, 3ª edição, Tomo XLV, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, p. 283.

de morte do segurado) ou como se a vida humana estivesse bem fisicamente (em caso de invalidez do segurado, que será, neste caso, beneficiário de si mesmo). Por isso a possibilidade de se fazer mais de um seguro sobre uma vida humana: para que haja proteção patrimonial aos beneficiários ou segurado com a soma de todos os capitais contratados.

Nesse sentido (interesse da manutenção patrimonial) é que o interesse segurável sobre a vida de terceiro deve ser justificado pelo proponente, nos termos da lei, não havendo o que se justificar em caso de cônjuge, por exemplo, (art. 790, parágrafo único do Código Civil), pois o Estado tutela a manutenção do patrimônio da família. Por isso a importância do presente estudo: saber a quem indenizar[2] , no caso de comoriência, quando há a cláusula suplementar de inclusão de cônjuge, sob pena de prejudicar o status quo ante da família.

O Código Civil elenca quatro tipos de pessoas que podem compor o contrato de seguro de vida: o segurador, que deverá ser entidade legalmente autorizada para o mercado de seguros (artigo 757, parágrafo único); o segurado (aquele que tem interesse legítimo sobre a coisa ou pessoa – artigo 757 caput); o beneficiário (aquele que é beneficiado pecuniariamente no contrato de seguro, podendo ser indicado ou não – artigo 792) e o estipulante (que é a pessoa natural ou jurídica que pode estipular o seguro de pessoas – artigo 801).

É interessante dar-se início ao estudo das pessoas envolvidas na contratação de apólice de seguro de vida em grupo sobre a vida do cônjuge do segurado (geralmente empregado da empresa estipulante) começando pelo estipulante.

"Considera-se o estipulante como o contratante do seguro de pessoas em grupo referido no art. 801 do Código Civil"[3] . Nos termos do artigo 1º da Resolução 107/2004 do CNSP "é a pessoa física ou jurídica que contrata apólice coletiva de seguros, ficando investido dos poderes de representação dos segurados perante as sociedades seguradoras".[4]

Para o presente estudo também é importante destacar o segurado e o beneficiário, pois são estas pessoas que poderão se confundir na existência da contratação da modalidade de morte de cônjuge.

A forma mais objetiva de conceituar segurado está na doutrina de IVAN DE OLIVEIRA SILVA: "O segurado é aquele que tem interesse sobre o bem da vida descrito no contrato de seguro". [5]

Por este conceito, verifica-se que o segurado não é somente aquele que contrata o seguro com o segurador, até porque, isto quem faz, no caso, é o estipulante. O segurado, na realidade, é aquele que sofrerá o risco, caso ocorra.

O segurado também pode contratar em nome de outrem (artigo 790, parágrafo único do Código Civil), sem deixar de ser segurado em outra contratação (relação de trabalho o estipulante contraente). E é este tipo de contratação que está abrangida pela

---

2 "a indenização é a importância paga pela seguradora ao segurado, compensando-se o prejuízo econômico decorrente do risco e assumido na apólice pela seguradora" MARIA HELENA DINIZ, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, 6ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 525.

3 MARCIA CICARELLI BARBOSA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 125.

4 "Nos seguros de vida em grupo, o estipulante é definido como o empregador ou a associação que contrata o seguro com a sociedade seguradora (Circular n. 23/72, da SUSEP). É investido dos poderes de representação dos segurados perante à seguradora, a quem deve encaminhar todas as comunicações ou avisos inerentes ao contrato, inclusive alterações de importâncias seguradas, bem como inclusão e exclusão de segurados" (in PEDRO ALVIM, O contrato de seguro, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 211.

5 IVAN DE OLIVEIRA SILVA, Curso do Direito do Seguro, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 88.

Circular 302/2005, objeto deste estudo.[6]

Por outro lado, o beneficiário é "a pessoa física, jurídica, ou de personificação anômala, que desfruta dos benefícios concedidos pelo contrato de seguro"[7] . Poderá ser o próprio segurado, quando lhe ocorra uma cobertura que não seja a de morte, ou, no caso em estudo, o segurado da relação contratual entre ele e seu estipulante, já que o fará por conta de seu cônjuge, nos termos do art. 790, parágrafo único CC.

Assim é que na relação empresa-empregado haverá uma contratação de apólice de seguro de vida em grupo com o segurador, a qual o empregado será segurado e a empresa empregadora a estipulante. A este segurado denomina-se contraente, pois ele contrairá diretamente o seguro com sua empresa empregadora. Trata-se de seguro por conta de terceiro.

Na mesma relação contratual, poderá haver outra contratação com o cônjuge deste segurado, que é o objeto do presente estudo. Nesta modalidade de contratação, o cônjuge do segurado contraente também será segurado. Na prática, referida contratação é denominada "cláusula suplementar de inclusão de cônjuge"- conforme art. 34, da Circular SUSEP 302/2005 - repita-se, pois se entende que o segurado contraente (funcionário), ao possuir seguro de vida através de sua empregadora estipulante, obtém a cobertura de recebimento de indenização na ocorrência da morte de seu cônjuge. Porém, juridicamente, isto que ocorre não se trata de cláusula, mas sim de outra contratação, nos termos do artigo 790, parágrafo único do Código Civil.

Então porque esta norma da SUSEP inseriu em seu artigo 34 a terminologia "cláusula suplementar de inclusão de cônjuge" ao invés de "contratação suplementar de inclusão de cônjuge"? Para responder a esta pergunta é necessário adequar a técnica securitária com o direito.

Foi verificado alhures que o estipulante, que geralmente é pessoa jurídica, é aquele que contrata com o segurador uma apólice em grupo, um plano coletivo que geralmente é para seus funcionários.

Pois bem, tratando-se de somente uma única contratação a um grupo (apólice coletiva) tecnicamente não é razoável a utilização da palavra contratação para cada segurado do grupo bem como para seus respectivos cônjuges.

A apólice coletiva sendo una para todos os seus segurados, tecnicamente ela será materializada através de cláusulas e, cada cláusula que formar uma espécie de contratação terá juridicamente o seu valor jurídico, como no caso em estudo.

Assim é que a "cláusula suplementar de inclusão de cônjuge" trata-se de um contrato de seguro nos termos do artigo 790 do Código Civil, inserido em outro contrato, que é a apólice coletiva.

Desta forma, a técnica e o direito se unem para dar sentido à espécie de contratação coletiva, suprindo a necessidade da existência de uma apólice para cada segurado.

Outrossim, juridicamente, nenhum segurado, numa contratação, pode dispor da vida ou integridade física de outrem, inclusive de seu cônjuge, tornando cláusula contratual a morte deste. É antijurídico e inconstitucional tratar tal descrição como "cláusula

6 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 275.
7 IVAN DE OLIVEIRA SILVA, op. cit., p. 90.

de morte de cônjuge", nos termos do artigo 104 do Código Civil. Conforme alhures esclarecido, a modalidade do artigo 790 do Código Civil prescinde de interesse de manutenção patrimonial sobre a vida do segurado terceiro e não de sua morte.

Logo, verifica-se haver dupla contratação – do segurado contraente e do segurado seu cônjuge – como uma única estipulação, ou seja, será a empresa a qual o segurado contraente trabalha sua estipulante bem como de seu cônjuge.

Ressalte-se que, neste caso, não se devem confundir os institutos da estipulação a favor de terceiro com a estipulação por conta de terceiro. "O direito brasileiro distingue duas espécies de estipulação. Uma disciplinada pela legislação especial de seguros (...). Outra, do direito comum, regulada pelo Código Civil (...) e de aplicação frequente no contrato de seguros, sobretudo no seguro de pessoa. Na primeira, o estipulante contrata o seguro por conta de terceiros; na segunda, o seguro é contratado a favor de terceiros.

A diferença entre as duas figuras jurídicas consiste no seguinte: na estipulação por conta de terceiros, no contrato de seguros, o risco incide sobre o segurado e não sobre o estipulante, razão porque assume a posição de representante para transferir esse risco ao segurador; na estipulação a favor de terceiro, o risco é do próprio estipulante que se confunde com o segurado perante o segurador, como acontece, por exemplo, no seguro de vida feito por alguém a favor de outrem. O terceiro é apenas o beneficiário do contrato que se estabelece exclusivamente entre segurado e segurador.

Eis por que os princípios que regem a estipulação a favor de terceiro nem sempre se aplicam à estipulação por conta de terceiros".[8]

Assim, no caso em estudo, a estipulação é a por conta de terceiro, cujo beneficiário não será o estipulante, mas o risco será incidido sobre a vida dos segurados (contraente e cônjuge).

Ademais, o segurado contraente é tanto beneficiário sobre a vida de seu cônjuge, nos termos do artigo 790, parágrafo único do Código Civil, quanto sobre a sua própria vida, no caso de invalidez. Em outras palavras, somente para a interpretação do caso em estudo (que não abrange o próprio estipulante como beneficiário, repita-se), finaliza PEDRO ALVIM:

"Nos contratos de seguro com estipulação a favor de terceiro, a relação jurídica se estabelece entre três pessoas: segurador, segurado e beneficiário. Mas nos contratos por conta de terceiro são quatro: segurador, estipulante, segurado e beneficiário. Em determinadas coberturas o segurado é ao mesmo tempo beneficiário". Neste último caso, por exemplo, o segurado empregado poderá ser beneficiário[9] de indenização decorrente de uma cobertura de invalidez.

Outrossim, para cobertura de morte do segurado contraente, os beneficiários poderão ser livremente indicados e, não os sendo, segue-se a ordem do artigo 792 do Código Civil.

E o interesse segurável desta espécie de dupla contratação numa só apólice nada mais é do que a manutenção do patrimônio que o segurado proporciona à sua família. Explica-se: o artigo 790 do Código Civil descreve que o proponente é obrigado a declarar o seu interesse pela preservação da vida

8 PEDRO ALVIM, op. cit., p. 213.
9 Idem, p. 213.

do segurado. Por outro lado, seu parágrafo único esclarece que presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente tratando-se esta a hipótese em estudo.

Ora, para se preservar algo ou alguém não há necessidade de se fazer seguro, até porque, no caso de sinistro, a seguradora não indeniza um outro bem do mesmo estado e espécie e nem um "clone" perfeito ao beneficiário daquele segurado que morre. Assim, o melhor entendimento pela "preservação pela vida do segurado" nos termos do artigo 790 do Código Civil é o de querer preservar o status quo econômico que aquele segurado traz a família, repita-se.

Neste sentido, o seguro vem sempre a calhar no quantum a ser indenizado no caso de sinistro (ocorrência do risco segurável) diminuindo ao máximo o prejuízo patrimonial decorrente deste sinistro.

Assim é o motivo que na contratação em tela, o patrimônio da família, é o que mais interessa: se o segurado empregado da estipulante morre, seus beneficiários (geralmente familiares) são indenizados com uma quantia que, em tese, poderia prover a família por um certo período de tempo; já se seu cônjuge falece, a indenização irá toda à ele, para os mesmos fins.

Esclarecidos referidos conceitos, conclui-se por duas afirmativas: a) a expressão técnica "cláusula suplementar de inclusão de cônjuge", trata-se de outra contratação inserida no contrato feito com o estipulante; e b) no caso de morte do segurado cônjuge do segurado vinculado ao estipulante, este será beneficiário daquele, por força contratual e legal (artigo 790, parágrafo único do Código Civil), não havendo o que se falar que a morte do cônjuge é "cobertura" contratual.

Referências Bibliográficas

Alvim, Pedro. O Contrato de Seguro, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – 1. Teoria Geral do Direito Civil, 24ª ed. São Paulo: 2007.

_____. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

Miranda, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

Oliveira, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável, Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

Silva, Ivan de Oliveira. Curso de Direito do Seguro São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CONTRATOS DE **PLANOS PRIVADOS** DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - OS *DIFERENTES* CRITÉRIOS DE *REAJUSTE*

Sumário

Introdução. 1.A prestação privada de assistência à saúde e a atividade empresarial das operadoras. 2.Os diferentes critérios de reajustes. 3.As normas de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência decorrentes da constituição de 1988. - Conclusão - Referência Bibliográfica

Palavras- chave

ANS, Operadoras, Planos de saúde, Reajuste, Sinistralidade

João Carlos Golizia

Advogado, Sócio Diretor do Grupo Eficácia Seguros, Consultor na área de benefícios, Membro Efetivo da Comissão de Direito Securitário da OAB/SP.

OAB SÃO PAULO

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 25, preconiza que toda pessoa tem direito a um nível de vida que garanta, para si e para sua família, saúde e bem estar, destacando a saúde como item fundamental para a efetivação desse direito.

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal confere em seu art. 6º status de Direito Social à saúde. A mesma Carta traz em art. 196 que *"a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".*

O acesso universal de que trata o dispositivo constitucional em comento está regulamentado pela Lei 8.080/90, que dispõe sobre o SUS – Sistema Único de Saúde, e que estabelece como princípio em seu art. 7º a *"universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência".*

Ocorre que esta universalidade de acesso e com um padrão razoável de qualidade geralmente não se mostra efetiva quando o cidadão busca atendimento na rede pública, fazendo com que parcela significativa da população busque este acesso à saúde através de planos privados de assistência à saúde.

Segundo dados obtidos pela pesquisa PNAD/IBGE realizada em 2008, do total da população brasileira, 75,9% se utilizam da rede pública de saúde, enquanto 24,1% dos brasileiros estão vinculados de alguma forma a planos privados de assistência à saúde.[1]

Nos termos da Resolução Normativa – RN nº 195, artigo 2º, da ANS, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em individual ou familiar, assim entendidos como aqueles de livre adesão das pessoas naturais, com ou sem o grupo familiar, coletivo empresarial, destinado à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica através de relações específicas, e coletivo por adesão, destinado à população que mantenha vínculo com determinadas pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

De acordo com a ANS, em levantamento realizado em junho de 2013, do total de 49.231.643 de beneficiários que estão vinculados a planos privados de saúde, 9.927.654 faziam parte de planos individuais ou familiares, 31.772.198 estavam vinculados a planos privados de assistência médica através de planos coletivos empresariais e 6.615.787 por intermédio de planos coletivos por adesão, além de 916.004 em planos coletivos não identificados ou não informados.[2]

Embora este universo de pessoas tenha os mesmos direitos no que diz respeito a efetiva prestação dos serviços de saúde, observadas as especificidades de cada tipo de plano, as regras que definem os reajustes de preços variam se o plano contratado for individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

Existem ainda os beneficiários vinculados aos planos de saúde por intermédio de operadoras de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão, que são pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de saúde exclusivamente

1 Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro:

2 Disponível em http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais

aos seus beneficiários através de seu departamento de recursos humanos ou equivalente.

Por se tratar de pessoas jurídicas que têm obrigação legal de constituir garantias financeiras próprias e definir as hipóteses de elegibilidade de seus beneficiários, além de não visar lucro, portanto, com critérios de reajuste diferenciados, não serão considerados para efeito desta análise.

1. A prestação privada de assistência à saúde e a atividade empresarial das operadoras

A possibilidade de prestação de serviços de saúde por empresas privadas tem previsão constitucional, estampada no artigo 199 da Constituição Federal, segundo o qual *"a assistência à saúde é livre à iniciativa privada".*

As empresas privadas que atuam no setor de planos e seguros saúde estão submetidas ao regramento contido na Lei nº 9.656/1998, sem prejuízo dos demais Estatutos que se aplicam, e às normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei nº 9.961/2000

O artigo 3º da lei 9.961/2000 confere competência regulatória geral à ANS, inclusive quanto às relações das operadoras com prestadores e consumidores, cabendo à agência o monitoramento de suas atividades, visando acompanhar seu desempenho e garantir a manutenção de sua capacidade econômico-financeira a fim de suportar o pagamento das indenizações devidas aos segurados quando da ocorrência do sinistro coberto.

Esta obrigatoriedade de preservação da capacidade financeira das operadoras decorre de comando legal, nos termos do artigo 8º, inciso VI, da Lei nº 9.656/1998, segundo o qual, para obter autorização de funcionamento, as operadoras devem demonstrar a *"viabilidade capacidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras"*

O mesmo Diploma Legal, no § 4º do artigo 9º, autoriza a Agência Nacional de Saúde Suplementar a *"determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial".*

Sendo assim, a higidez financeira das operadoras de plano de saúde é condição fundamental para o desenvolvimento da atividade, e para que isto ocorra deve haver o equilíbrio entre o prêmio pago pelos beneficiários e os valores desembolsados pelas operadoras para pagamento dos sinistros.

Rompido este equilíbrio é na ocasião do reajuste de preços que o mesmo deve ser restabelecido, e é nesse momento que os diferentes critérios a serem aplicados de acordo com o tipo de plano, individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão passam a fazer a diferença.

2. Os diferentes critérios de reajustes

Conforme dissemos, observadas as especificidades de cada tipo de plano, as regras que definem os reajustes de preços variam se o plano contratado for individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

A Lei nº 9.961/00 (com a redação dada pela MP 2.177-44/01), em seu artigo 4º, atribuiu à ANS competência para autorizar reajustes e revisões das contraprestações a serem pagas pelos beneficiários de planos privados de assistência médica, nos seguintes termos:

> *"Art. 4º Compete à ANS: (...) XVII – autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (...) XVIII – expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões":*

Na modalidade individual ou familiar o vínculo do beneficiário se dá diretamente com a operadora e os reajustes estão submetidos ao controle estatal, com a ANS determinando ao mercado os índices a serem aplicados para este tipo de contrato. Trata-se, portanto, no que diz respeito aos índices de reajuste, de uma relação entre operadora e órgão regulador, restando à primeira repassar aos beneficiários o reajuste autorizado.

Portanto, nessa situação, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de uma operadora que tenha suportado um período de sinistros elevados, e que por isso tivesse que elevar seus preços acima de determinado patamar, pode vir a ficar comprometido, em virtude de limitações de reajuste impostas pelo poder regulador.

Esta situação fez com que os grandes *players* do mercado deixassem de comercializar planos de saúde na modalidade individual ou familiar, ante o inevitável caminho do desequilíbrio econômico-financeiro que estas carteiras passaram a tomar, fazendo com que o plano de saúde passe a ser, cada vez mais, produto acessível somente ao trabalhador formal ou vinculado à determinada entidade profissional ou de classe.

Quando esta situação é colocada para a ANS, seus principais dirigentes afirmam que os números mostram uma consistência no crescimento dos planos individuais. Trata-se, no nosso entender, de fenômeno relacionado ao acesso das pessoas de classes mais baixas aos planos de saúde, sendo que esta tendência não deve prevalecer no longo prazo.

De qualquer modo, a limitação pela ANS do reajuste a ser aplicado neste tipo de plano, que num primeiro momento poderia ser encarada como medida protetiva em favor dos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde pode estar gerando efeitos contrários, restringindo cada vez mais as opções das pessoas físicas que pretendam contratá-los, em virtude do desinteresse das grandes operadoras em atuar nesse segmento.

No plano coletivo empresarial a ANS, através da RN nº 195, em seus artigos 19 a 22, limitou os reajustes a uma periodicidade mínima de 12 meses, com exceção ao reajuste por faixa etária, vedou a aplicação de reajustes diferenciados dentro de um mesmo plano de determinado contrato e determinou que não pode haver distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e os a ele já vinculados.

Neste tipo de contrato, o reajuste a ser aplicado, além da mudança por faixa etária, resulta da soma de dois índices, que recebem denominações diferentes de acordo com a operadora, mas que

refletem, respectivamente, as mesmas variáveis: a variação dos custos de materiais e medicamentos, incorporação de novas tecnologias e médico-hospitalares, e outro relacionado à sinistralidade do contrato, apurada a cada doze meses.

A apuração do primeiro índice se dá segundo levantamentos realizados pela operadora, que os submete à ANS para aprovação, mediante apresentação de planilhas de despesas de custos médico-hospitalares, variação de custos relativos a materiais e medicamentos, inovações tecnológicas, ampliação do rol de coberturas, etc...

Já a apuração do segundo índice, relativo à sinistralidade do contrato, resulta da relação entre os valores pagos pelo estipulante à operadora, ou seja, a soma das contribuições individuais dos beneficiários e seus dependentes, e a utilização do plano, assim entendida como a soma de todas as despesas médico-hospitalares e de materiais e medicamentos realizadas pelos beneficiários e suportadas pela operadora.

Portanto, como se observa, no caso dos planos de saúde coletivos, a fixação do primeiro índice se dá numa relação operadora/ANS, em que aquela apresenta à esta suas planilhas, relatórios e justificativas e obtém a homologação para aplicação do reajuste a ser praticado, de forma uniforme, à determinada categoria de planos.

O segundo índice, de sinistralidade, por sua vez, se dá no âmbito de uma relação estipulante/operadora, portanto com base em critérios de reajuste pactuados entre particulares, envolvendo índices apurados especificamente em relação ao estipulante, ou em algumas situações específicas, relativos a um grupo de estipulantes do qual ele faz parte, em função de critérios previamente definidos.

Importante registrar, a esse respeito, a edição pela ANS em 24 de outubro de 2012 da RN nº 309, que determinou às operadoras que agrupem os contratos com menos de 30 beneficiários para efeito do cálculo do percentual de reajuste a ser aplicado a esse agrupamento. Essa medida visa a diluir o impacto que utilizações excessivas que acarretem um elevado índice de sinistralidade reflitam diretamente sobre o estipulante, diluindo o risco em um grupo mais numeroso, consagrando, desse modo, o princípio da mutualidade, que deve ser observado neste tipo de contrato.

Isto porque nestes tipos de contratos com baixo número de participantes, ocorrências pontuais como um parto ou internações por períodos mais prolongados, via de regra, são suficientes para elevar significativamente os percentuais de sinistralidade, com a consequente aplicação de altos índices de reajuste visando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E caso os beneficiários contribuam parcialmente com o custeio do plano, ou em uma situação ainda mais gravosa, assumam integralmente o seu custo, sofrerão os impactos deste elevado reajuste, de forma integral ou proporcionalmente às respectivas participações, acrescido, relembre-se, do reajuste relativo à variação dos custos médico-hospitalares, aplicado conjuntamente com este.

Também neste caso, ainda que por critérios diferentes daqueles aplicados para apuração dos reajustes nos planos individuais e familiares, esse tipo de reajuste pode inviabilizar a continuidade da manutenção do plano de assistência à saúde, oferecido como benefício pelo estipulante aos seus

colaboradores.

Conforme dissemos no início, mais de 60% dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde integram planos coletivos empresariais, ou seja, estão vinculados a um estipulante que está sujeito a este tipo de reajuste por sinistralidade, sujeitos eles também, portanto, na mesma proporção em que participam do custeio do plano, a este tipo de reajuste imposto ao estipulante ao qual estejam vinculados.

Já o estipulante, por sua vez, é penalizado com reajustes por sinistralidade decorrentes de fatores sobre os quais não tem controle, ficando, por vezes, impossibilitado de manter o benefício do plano de saúde para seus colaboradores ou, para que isso não venha a ocorrer, tenha que reduzir seu padrão.

Nesse contexto, inevitável o surgimento de conflitos que são levados para apreciação de nossos Tribunais, colocando em discussão questões como a liberdade de contratar entre operadora e estipulante, o que autorizaria a aplicação do reajuste por sinistralidade, visando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ante a natureza consumerista desta relação, que impediria reajustes impostos de forma unilateral pelas operadoras e que, por esse motivo, poderiam vir a ser considerados abusivos.

O Recurso Especial (REsp) 1.102.848/SP é exemplo desta discussão. No acórdão publicado em 25 de outubro de 2010, a ministra Nancy Andrighi definiu a relação existente entre operadoras e estipulantes como de caráter consumerista, enquanto o ministro Massami Uyeda em seu voto (voto vencedor) afirmou que não se trata de aplicar o CDC a contrato entre duas empresas em razão da diferença de porte econômico entre elas, bem como não pode ser considerada como de consumo uma relação entre duas empresas apenas porque o objeto do contrato firmado entre elas é a prestação dos serviços de seguro saúde.

Afastando a incidência do CDC e aplicando o Código Civil , o ministro Massami Uyeda defendeu a aplicação do reajuste por sinistralidade, entendo este tipo de reajuste como necessário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fundamentando sua decisão nos artigos 478 e 479 do Código Civil.

Em linha com sua argumentação baseada na relação consumerista que julga existir entre operadora e estipulante, para a ministra Nancy Andrighi a cláusula de reajuste por sinistralidade é ilegal, pois confere à operadora a possibilidade de alteração unilateral do contrato, além de colocar a operadora em vantagem excessiva perante os conveniados.

Portanto, em suma, há o entendimento segundo o qual o contrato entre operadora e empresa estipulante não configura relação de consumo, aplicando-se ao mesmo o regramento do Código Civil, com a prevalência da liberdade de contratar entre particulares, o que autoriza a aplicação do reajuste por sinistralidade.

Por sua vez, existem também entendimentos no sentido de que a relação entre operadoras e estipulantes é uma relação típica de consumo, com limitações ao exercício de liberdade de contratar na medida em que o contrato celebrado entre as partes é de adesão, e que qualquer cláusula que onere excessivamente uma das partes deve ser considerada nula de pleno direito, aí incluída a cláusula de reajuste por sinistralidade.

Conclusão:

A incapacidade do Estado em prover o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde pública, aliada a ascensão social de parcela significativa da população, vem acarretando um grande crescimento no número de pessoas que buscam atendimento junto aos planos privados de assistência à saúde, tornando a relação entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e os seus beneficiários matéria de alta relevância.

Esse mesmo Estado que gasta mal os escassos recursos que destina à saúde impõe ao mercado de planos privados de assistência à saúde regras confusas e conflitantes, gerando insegurança jurídica e desestímulo àqueles que de fato querem exercer uma atividade empresarial que atenda aos anseios de seus beneficiários e ao mesmo tempo gere resultados financeiros, que só podem ser alcançados mediante a observância do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Parte desta insegurança advém dos critérios de reajustes dos contratos definidos pela agência reguladora governamental, principalmente no que diz respeito aos planos individuais e familiares, dos quais fazem parte os beneficiários que têm cada vez menos opções para contratação de um plano privado de assistência à saúde, ao mesmo tempo em que não podem contar com seu direito fundamental à saúde, previsto constitucionalmente.

Referências Bibliográficas:

BECK, Ulrich. Sociedade de risco. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: http://www.ans.gov.br.

_____. Congresso Nacional. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990.

_____. Congresso Nacional. Lei 9.656, de 03 de junho de 1998. Brasília, 1998.

_____. Congresso Nacional. Lei 9.962, de 29 de janeiro de 2000. Brasília, 2000.

CARVALHO, Ivan; SANTOS, Lenir. Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde (Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90). São Paulo: Hucitec, 1995.

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e Responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. O regime jurídico dos contratos de planos de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A *nova lei* de **seguro**s do *Reino Unido* e os *seguros empresariais*

Sumário

Introdução. 1.Breve notícia histórica: Antecedentes imediatos da lei de seguros. 2.A nova lei de seguros. 3. Apresentação adequada do risco e efeitos em caso de descumprimento. 4.Warranties. 5.Sinistros Fraudulentos - Conclusão - Referências Bibliográficas

Palavras- chave

Palavras-chave: Reino Unido. Insurance Act. Seguros Empresariais. Inovações legislativas.

Kátia Puras

Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e bacharel em direito pela Universidade de Mogi das Cruzes.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OAB
SÃO PAULO

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar as principais alterações da nova legislação de seguros no Reino Unido introduzidas pela nova Lei de Seguros de 2015 ("Lei de Seguros")[1] .

Para facilitar a compreensão das mudanças introduzidas pela nova legislação, nossa discussão levou em conta seis pontos que entendemos relevantes para o cenário securitário do Reino Unido, quais sejam:

i) Demonstração da sucessão legislativa do Reino Unido que surgiu como pano de fundo da Lei de Seguros, com uma breve notícia histórica do regime legislativo que compreende a Lei de Seguros Marítimos de 1906 até a promulgação da Lei de Seguros Consumeristas de 2012.

ii) Delimitação do objeto de nossa discussão na análise do impacto da nova legislação nos seguros empresariais;

iii) Destaque das regras de 'apresentação adequada do risco' no processo de subscrição do risco securitário, bem como os efeitos de desatenção deste dever legalmente instituído;

iv) Discussão do sistema de garantias contratuais (warranties) no contrato de seguro do regime jurídico do Reino Unido, com a correspondente demonstração de seus objetivos;

v) Exposição do tratamento legislativo a ser levado em consideração nos sinistros fraudulentos; e, por fim,

vi) Apresentação de nossa percepção relativamente ao papel da common law na inserção dos pontos sensíveis da nova lei no sistema jurídico securitário do Reino Unido.

Com estes apontamentos preliminares, desejamos ao leitor uma boa reflexão a respeito dos seguros empresariais na nova Lei de Seguros do Reino Unido.

1. Breve notícia histórica: antecedentes imediatos da lei de seguros

A legislação aplicável aos contratos de seguros atualmente vigente no Reino Unido é baseada em princípios desenvolvidos nos séculos XVIII e XIV. Estes princípios foram codificados na Lei de Seguros Marítimos de 1906[2] ("Lei de Seguros Marítimos"). Embora esta lei seja aplicável precipuamente aos seguros marítimos, a grande maioria de seus princípios são aplicáveis também aos seguros não marítimos já que esta legislação incorpora princípios da *common law*[3]. Cabe ainda ressaltar que tais princípios são também aplicáveis aos resseguros e retrocessões[4].

Quando os princípios codificados na Lei de Seguros Marítimos foram desenvolvidos, a indústria de seguros era constituída de um pequeno e seleto grupo de indivíduos estabelecidos em Londres e as transações eram conduzidas pessoalmente, com base nos laços sociais entre os indivíduos[5].

---

1 Insurance Act 2015.

2 Marine Insurance Act of 1906

3 Sistema jurídico adotado na Inglaterra e País de Gales onde o direito é formado por princípios e regras derivados dos usos e costumes ou de precedentes judiciários que reconhecem, afirmam ou enforçam tais usos e costumes,

4 Contratos de resseguro e retrocessão são considerados na common law como contratos de seguro (conf. Delver, Assignee of Bunn v Barnes (1807) 1 Taunt 48, by Lord Mansfield). Todas as referências neste artigo a 'seguro', 'segurado' e 'segurador', aplicam-se também a 'resseguro', 'ressegurado' e 'ressegurador', conforme o caso.

5 Conf. Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment, Law Commission Paper no. 353,

O segurador então não detinha um conhecimento profundo do risco segurado e dependia inteiramente da honestidade do segurado, em fornecer informações relevantes e precisas[6]. Por esta razão, os princípios atinentes ao direito securitário foram desenvolvidos com o fim de proteger a então incipiente indústria de seguros contra exploração por parte do segurado[7]. Estes princípios contem uma ampla gama de dispositivos jurídicos destinados a invalidar o contrato ou rejeitar o pagamento de indenização securitária, caso o segurado descumprisse as obrigações estipuladas em contrato ou houvesse omitido informações relevantes acerca do risco segurado.

A Lei de Seguros Marítimos vinha sendo alvo de críticas por estar fora de sintonia com o desenvolvimento e práticas da indústria e criar conflitos com a common law.

Sob este cenário, foram promulgadas a Lei de Seguros Consumeristas[8] (a qual entrou em vigor em abril de 2013) e recentemente a nova Lei de Seguros a qual entrará em vigor em agosto de 2016.

A Lei de Seguros traz a reforma mais significativa nos últimos 100 anos que afeta, profundamente, os contratos de seguros empresariais (*non-consumer contracts*)[9] . Nestes estão inseridos desde os seguros de micro-empresas, pequenos e médios negócios aos seguros de grandes riscos, o seguro marítimo, o resseguro e a retrocessão[10].

Julho 2014.

6 Cordeiro, António Menezes. Direito dos Seguros. Coimbra: Almedina, 2013

7 Conf. Silva, Ivan de Oliveira. Curso de Direito do Seguro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

8 Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012

9 Conforme o artigo 1 da Lei de Seguros de 2015 c/c artigo 1 da Lei de Seguros Consumeristas de 2012, contrato de seguros consumerista é definido como aquele em que o segurado pessoa física contrata o seguro em todo ou parte para fins não relacionados a seu negócio, ofício ou profissão.

10 Conf. Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment, Law Commission Paper no. 353, Julho 2014

2. A nova lei de seguros

As principais alterações introduzidas pela Lei de Seguros em relação aos seguros empresariais foram as seguintes:

(a) os segurados deverão apresentar o risco de forma adequada (*duty of fair presentation of the risk*);

(b) mudanças dos efeitos em caso de declarações inexatas ou omissão de informação ou circunstancias (*non-disclosure and misrepresentation*) por parte do segurado e atribuição de conhecimento para tais fins;

(c) mudanças nos efeitos de warranties e outras condições contratuais em caso de não cumprimento por parte do segurado; e

(d) recursos disponíveis aos seguradores em caso de sinistros fraudulentos.

A reforma introduzida pela Lei de Seguros alinhará os dispositivos jurídicos aplicáveis em caso de descumprimento do contrato por parte do segurado com aqueles disponíveis em outras jurisdições, notadamente nos Estados Unidos e jurisdições de direito codificado, tais como a jurisdição brasileira.

Vale ressaltar que a aplicação das mudanças que afetarão os seguros empresariais (com apenas uma exceção, conforme veremos abaixo) poderá ser dispensada pelas partes, se assim estas contratarem. Para isso, e quando o termo for menos favorável ao segurado, o segurador deverá prestar informação clara e inequívoca ao segurado quanto aos efeitos da dispensa dos termos previstos na Lei de Seguros antes da celebração do contrato[11].

11 Conforme artigo 17 (2) da Lei de Seguros (transparency requirements).

3. Apresentação adequada do risco e efeitos em caso de descumprimento

A Lei de Seguros substituiu a obrigação do segurado de divulgar 'toda circunstância relevante' que seja de seu conhecimento (ou que deveria ser de conhecimento) existente na Lei de Seguros Marítimos[12] pelo dever do segurado de 'apresentar o risco de forma adequada'. Além disso, a Lei de Seguros estipulou os requerimentos para que haja o cumprimento de tal dever.

O conceito de 'apresentação adequada do risco' per se não é novo; este conceito já havia sido desenvolvido pela common law. Porém, havia uma tensão entre o conceito desenvolvido pela common law (o qual requeria que o segurador fizesse perguntas quando as informações prestadas pelo segurado indicassem que perguntas adicionais deveriam ser indagadas) e a 'obrigação de divulgar toda circunstancia relevante') estabelecida pela Lei de Seguros Marítimos.

Mas o que configura uma 'apresentação adequada do risco'? De acordo com o artigo 3º da Lei de Seguros, apresentação adequada é aquela na qual os seguintes requisitos são observados:

(a) declaração de toda circunstância relevante[13] que o segurado saiba ou deveria saber; ou na sua falta, declaração suficiente a advertir um segurador prudente a fazer novas indagações com o propósito de revelar tais circunstâncias relevantes.

(b) apresentação das declarações de uma maneira que seja razoavelmente clara e acessível a um segurador prudente;

(c) toda declaração de fato deverá ser substancialmente correta e toda declaração de expectativa ou julgamento (representations of expectations or belief) deverá ser feita em boa-fé.

A Lei de Seguros lista alguns exemplos de fatos que pode podem ser caracterizados como circunstâncias relevantes. Estes incluem: (i) fatos especiais ou incomuns em relação ao risco, (ii) preocupações especificas que levaram o segurado a buscar cobertura de seguro, (iii) qualquer fato cuja inclusão na apresentação do risco seja normalmente considerada necessária por aqueles envolvidos com determinada classe de seguros e campo de atividade[14].

Segundo a explanação de motivos do projeto da Lei de Seguros[15] elaborada pelas Comissões Legislativas da Inglaterra e País de Gales e Escócia [16], o objetivo desta mudança é tornar o processo de subscrição do risco mais balanceado contando com a cooperação de ambas partes. Isto porque, de um lado o segurado conhece o seu negócio e como ele é administrado; do outro, o segurador tem ciência de quais fatos são relevantes para avaliar o risco. Conforme abordado na explanação de motivos do projeto, o ponto de partida é que o segurado deve fazer uma apresentação adequada do risco (evitando a pratica de 'despejo de informações' (data dumping)) e o segurador, por sua vez, adotar uma conduta mais ativa durante o processo de subscrição do risco, fazendo perguntas apropriadas durante a

12 Conforme artigos 18 a 20 da Lei de Seguros Marítimos.

13 No artigo 7(3) da Lei de Seguros, a circunstância relevante é definida como aquela que possa influenciar o julgamento de um segurador prudente a determinar se assumirá ou não o risco e a fixação da taxa do prêmio. Esta definição é consistente com aquela contida na legislação em vigor.

14 Conforme artigo 7 (4) da Lei de Seguros.

15 Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment, Law Commission Paper no. 353, Julho 2014.

16 The Law Commission and The Scottish Law Commission.

subscrição do risco e não quando da ocorrência do sinistro.

Uma das grandes alterações trazida pela Lei de Seguros foi o efeito em caso de descumprimento da obrigação de prestar informações relevantes por parte do segurado. Na legislação em vigor, se houver qualquer falha por parte do segurado em divulgar informações relevantes, o segurador poderá resolver o contrato de seguro ab initio (tratando o contrato como nunca tivesse existido) e recusar o pagamento de toda e qualquer indenização securitária. Além disso, se houver quebra do princípio da máxima boa-fé (utmost good faith)[17] , por qualquer das partes, o contrato de seguro poderá ser anulado[18].

As modificações trazidas neste sentido na Lei de Seguros são, de certa forma, semelhantes ao regime existente na legislação brasileira em vigor[19]. No novo regime da legislação em comento, se o segurado houver agido com dolo ou negligência (deliberate or reckless qualifying breach), o segurador poderá resolver o contrato, reter o prêmio e recusar o pagamento de toda e qualquer indenização securitária. O ônus da prova, assim como no direito brasileiro, cabe ao segurador.

Se o segurado não tiver agido com dolo ou negligência, o efeito de falha por parte do segurado dependerá da atitude que o segurador tomaria se o risco tivesse sido apresentado de forma adequada. Se o segurador não teria assumido o risco de forma alguma, o contrato poderá ser rejeitado ab initio, o pagamento da indenização securitária declinado e o prêmio deverá ser devolvido. Se o segurado teria assumido o risco, porém em termos diferentes ou mediante cobrança de prêmio adicional, então tais termos ou prêmio, respectivamente, serão aplicados ao contrato retroativamente[20].

Os contratos de seguros continuam a ser regidos pelo principio de máxima boa-fé, porém a sua quebra por qualquer das partes não implicará necessariamente na anulação do contrato[21].

Outra importante modificação refere-se à atribuição de conhecimento de 'circunstância relevante'. Os critérios que serão utilizados para identificar o que é 'do conhecimento' ou que 'deveria ser de conhecimento' do segurado quando este for pessoa jurídica agora estão definidos na lei. Este é um ponto sobre o qual não havia abundante orientação seja na legislação existente ou na common law. A Lei de Seguros optou em estabelecer que o conhecimento detido pela alta direção da empresa (senior management) ou por indivíduos envolvidos no processo de aquisição de proteção securitária será considerado como conhecimento do segurado[22]. Além disso, o segurado pessoa jurídica deverá estabelecer um processo de 'busca razoável' de informações a ele disponíveis (dentro ou fora de sua organização), seja por meio de indagações a seus empregados e agentes ou por qualquer outro meio[23]. A Lei de Seguros ainda estipula que o segurado não será obrigado a declarar informação que o segurador saiba ou deveria saber[24].

4. Warranties

No direito securitário vigente no Reino Unido[25],

17 Conf. Merkin, Robert. Insurance Law: An Introduction. Informa Law, 2013.
18 Conforme artigo 17 da Lei de Seguros Marítimos.
19 Conforme artigos 765 e 766 do Código Civil Brasileiro.
20 Conforme artigo 8 da Lei de Seguros.
21 Conforme artigo 14 da Lei de Seguros que altera o artigo 17 da Lei de Seguros Marítimos.
22 Conforme artigo 4 (2) da Lei de Seguros.
23 Conforme artigo 4 (6) e (7) da Lei de Seguros.
24 Conforme artigo 3 (5) da Lei de Seguros. Isto inclui informação que o segurador possua e esteja prontamente disponível a um empregado ou agente do segurador.
25 Conforme artigos 33(3) e 34 (2) da Lei de Seguros Marítimos. Não há um dispositivo diretamente equivalente a warranties no direito brasileiro.

warranties são 'garantias contratuais' oriundas da common law que se não cumpridas exatamente como previstas em contrato, sejam elas relevantes para o risco segurado ou não, trazem graves conseqüências ao segurado. Uma vez descumprida a warranty, o segurado perderá o direito à garantia securitária a partir da data da quebra, ainda que a garantia seja remediada antes da ocorrência do sinistro. Por muitos anos, os tribunais tentam minimizar os efeitos das warranties, interpretando tais termos estritamente em favor do segurado[26]. Para ilustrar, suponhamos que o contrato de seguro contenha uma warranty que o segurado instalará um alarme contra incêndios em sua fábrica de matérias elétricos antes do inicio da vigência do contrato. Suponhamos ainda que tal alarme fora instalado pelo segurado somente um mês após o inicio de vigência do contrato. Se, posteriormente, o segurado sofrer um sinistro de roubo, com base no direito vigente, o segurador poderá rejeitar o pagamento da indenização securitária com base na quebra de garantia, ainda que tal quebra não tenha qualquer relação ou efeito ao sinistro em questão e que tenha sido remediada antes da ocorrência do sinistro.

Uma das formas mais comuns de warranties (e mais criticadas pelo segurados[27]) é a chamada 'basis of contract clause'.[28] Este é um dispositivo jurídico que converte todas as respostas e declarações do segurado contidas na proposta de seguro em warranties, incorporando-as como tal no contrato de seguro. Desta forma, se qualquer das declarações do seguro for inexata (seja resultante ou não de má-fé), o segurador poderá resolver o contrato com base em quebra de garantia contratual (independentemente se o ponto em questão é relevante ou não para o risco).

A Lei de Seguro trouxe profundas reformas aplicáveis notadamente aos segurados empresariais[29] na matéria de warranties e demais condições contratuais que não sejam relevantes ao sinistro sofrido pelo segurado[30]. Embora no novo regime warranties e demais condições contratuais ainda possam ser estipuladas em contratos, o escopo e efeito de tais dispositivos jurídicos serão limitados, a saber:

(i) Basis of contract clauses serão abolidas. Caso o segurador pretenda que alguma declaração especifica do segurado seja convertida em warranty, isto deverá constar expressamente em contrato. Esta é a única reforma mandatória (que no Brasil denomina-se matéria de ordem pública) introduzida pela Lei de Seguros, a qual não poderá ser modificada pelas partes.

(ii) Warranties terão agora caráter suspensivo. Quebra de warranty por parte do segurado somente implicará suspensão temporária da garantia securitária. Uma vez sanada a quebra (caso esta possa ser sanada), a garantia securitária em relação a sinistros posteriores será retomada.

(iii) Com exceção das warranties e demais termos contratuais que afetam o risco como um todo, a quebra da warranty ou de tal termo deverá ser

26 Conf. Tydesley, Peter. Consumer Insurance Law: Disclosure, Representations and Basis of Contract Clauses. Blomsbury Professional. 2013

27 Ibidem.

28 Dawsons v Bonnin [1922] 2 AC 413.

29 Embora tecnicamente algumas das modificações introduzidas aplicam-se também às relações de consumo, estas já desfrutam de ampla proteção regulatória nesta matéria, conforme regras estipuladas pelo Financial Conduct Authority e Financial Ombusdam Services.

30 Conforme artigo 11 da Lei de Seguros, tais termos são definidos como aqueles que, com exceção dos termos que afetam o risco como um todo, se cumpridos tenderiam a reduzir o sinistro de um determinado tipo, ou de um determinado lugar ou tempo específico.

relevante ao sinistro em questão. Assim, warranties e termos contratuais destinados a reduzir o risco de sinistro de um determinado tipo (ou de um lugar ou horário especifico) não deverão afetar a cobertura de sinistros que não tenham qualquer relação com tais situações.

5. SINISTROS FRAUDULENTOS

A Lei de Seguros clarifica o efeito de fraude no contrato de seguro. O segurador poderá considerar o contrato como rescindido, com efeito a partir do ato fraudulento, reter o prêmio e recuperar do segurado qualquer pagamento efetuado em relação a sinistros fraudulentos[31]. A grande mudança é que sinistros genuínos ocorridos antes do ato fraudulento terão cobertura securitária.

A Lei de Seguros não estipulou o significado da palavra 'fraudulento'. Intencionalmente, este ponto foi deixado para ser definido pela common law.

31 Conforme artigo 12 da Lei de Seguros.

CONCLUSÃO

A Lei de Seguros trará modificações significativas à indústria de seguros no Reino Unido. Estas modificações afetarão não somente os contratos de seguros empresariais, resseguros e retrocessões, mas também a maneira pela qual a indústria como um todo (seja segurados, corretores, seguradores e resseguradores) conduzem os negócios securitários.

Embora o objetivo primordial da nova legislação seja modernizar o sistema atual e sanar os conflitos atualmente existentes entre a legislação vigente e a common law, diminuindo por sua vez potenciais disputas, estima-se que haverá dúvidas de interpretação em vários pontos estabelecidos pela nova lei e que a indústria levará tempo para se ajustar as modificações introduzidas pela nova legislação. Neste sentido, será inevitável que disputas surgirão e caberá a common law definir e interpretar pontos obscuros da nova lei.

Referências Bibliográficas

CORDEIRO, António Menezes. Direito dos Seguros. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, Ivan de Oliveira. Curso de Direito de Seguro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERKIN, Robert. Insurance Law: An Introduction: Informa Law, 2013

TYDESLEY, Peter. Consumer Insurance Law: Disclosure, Representations and Basis of Contract Clauses. Blomsbury Professional. 2013

Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment, Law Commission Paper No 353, Julho 2014

Lembre-se que **atualização é *fundamental*** e a ESA é uma **Instituição de Ensino da**

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

OAB SÃO PAULO

Cursos ***de Extensão e Especialização à distância***

Escola Superior de Advocacia da OABSP

www.esaoabsp.edu.br

A *boa-fé* objetiva *nas declarações prestadas* **pelo segurado**: O *equivocado* **ressurgimento** da *boa-fé* subjetiva em **favor** do **segurado.**

Sumário

Introdução. 1. A importância do princípio da boa-fé no contrato de seguro. 2. Segurado que presta informações inverídicas. 3. Prova da ausência de boa-fé que deve ser produzida pelo consumidor. Inadmissibilidade de inversão do ônus da prova nesta hipótese. -Conclusão- Rerefências Bibliográficas

Palavras- chave

Educação inclusiva; Direitos Humanos; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Acessibilidade; Inclusão; Pessoa com Deficiência; Desenho Universal; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração de Salamanca; Desenho Universal.

Maria Leopoldina Vieira de Freitas

Advogada. Especialização em Direito do Consumidor pela PUC/SP - COGEAE. MBA em Direito do Seguro e Resseguro pela Escola Nacional de Seguros. Membro da Comissão de Direito Securitário da OAB/SP.

Introdução.

A boa-fé objetiva é um dos pilares do contrato de seguro, devendo ser observada tanto pelo segurado como pelo segurador em todas as fases do contrato.

Muito se fala acerca do dever das seguradoras de agir conforme a boa-fé objetiva e a função social do contrato de seguro.

O que acaba por passar despercebido é que por muitas vezes o próprio poder judiciário golpeia esses pilares ao prestigiar um único segurado em detrimento de toda a coletividade.

Não se pretende aqui levantar o famigerado princípio "pacta sunt servanda", nem tampouco afastar a proteção do segurado consumidor. O que se busca é justamente o oposto. O consumidor hipossuficiente deve sim ser protegido, mas não deve ser tratado de forma a desequilibrar a relação.

A particularização dos riscos nada tem de abusiva, decorre de expressa previsão legal e é elemento intrínseco da técnica atuarial.

Afinal, o valor do prêmio que será pago pelo segurado deve possuir estrita relação com o risco assumido, sob pena de prejudicar toda a massa de segurados em evidente violação ao princípio da função social do contrato.

Com efeito, é necessário que o segurado forneça informações precisas para viabilizar a correta análise do risco e cálculo do prêmio, sendo inviável responsabilizar a seguradora quando isso não ocorre, conforme previsto claramente no art. 766 do Código Civil.

> Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

A lei não exige a comprovação da intenção do segurado de obter uma vantagem pessoal ou o nexo de causalidade entre o sinistro e a informação falsa, e nem poderia ser diferente, pois a afrontaria a regra da boa-fé objetiva, que não perquire a intenção, mas analisa a conduta sob a ótica da sociedade.

1. A importância do princípio da boa-fé no contrato de seguro.

Cláudia Lima Marques[1] define boa-fé como "cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais".

Trata-se de uma regra de conduta que deve ter como parâmetro a situação sócio-cultural do indivíduo e os padrões regularmente aceitos e reconhecidos pela sociedade.

Cabe aqui abrir um parêntese para diferenciá-la da boa-fé subjetiva que leva em consideração

1 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações

a intenção do contratante, "como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito" [2].

Como bem diferencia Silvio de Sálvio Venosa[3] :

> "Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui do negócio" (...). A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos".

Pois bem. A boa-fé objetiva possui três funções: interpretativa, controle dos limites do exercício regular de um direito e integração do negócio jurídico. Nas palavras de José Araújo Delgado[4]:

> "Desse modo, sob o prisma do novo Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 112); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 186) e função de integração do negócio jurídico (art. 421)".

A função interpretativa é extraída dos arts. 112 e 113 do Código Civil que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração e levar em consideração a intenção das partes contratantes.

Com bem nos lembrou a Ministra Nancy Andrigh[5]:

> "As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual"

Já a sua função limitadora é extraída da regra geral de responsabilidade civil insculpida nos artigos 186 e 187 do Código Civil, bem como de todas as regras que norteiam a responsabilidade civil.

Por fim, encontramos nos arts. 421 e 422 a base legal para a função integrativa da boa-fé, com relevância importância em todas as relações contratuais.

Na lição de Arnold Wald[6]:

> "Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de

2 TEPEDIO. Gustavo. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In. Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Convergências e assimetrias. São Paulo: RT,2005. P. 217.

3 VENOSA. Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral da obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2012. P. 373

4 DELGADO, José Augusto. O contrato de seguro e o princípio da boa-fé: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004. p. 129.

5 AgRg no REsp 1203943/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 14/12/2011

6 WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. a.6, n.21, p.14-47, jul.- set. 2003, p. 42.

> família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra".

Ainda, não se pode perder de vista que é necessário, em todas as relações contratuais, buscar a proteção da confiança e dos interesses legítimos da outra parte contratante.

Embora o foco deste princípio sempre seja a necessidade de o fornecedor agir com boa-fé, prestar informações adequadas, fato é que essa obrigação também é do consumidor.

Da mesma forma que se almeja uma relação em que o consumidor confia no fornecedor e sabe que o produto possui a qualidade legitimamente esperada, ou que o serviço será prestado a contento, deve ser buscada a confiança do fornecedor perante as informações prestadas pelo consumidor.

Na abalizada lição de Cláudia Lima Marques[7], a "teoria da confiança (...) pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro".

Isso vale para todas as partes contratantes. Não se pode prestigiar o consumidor que não possui uma postura condizente com a boa-fé e que desrespeita o fornecedor. "O dever de um comportamento leal é a expressão máxima da boa-fé objetiva, qual seja, a legítima expectativa de que as partes sempre irão pautar suas ações pela honestidade como regra geral"[8]

Especificadamente na matéria securitária, destacamos o artigo 765 do Código Civil que prescreve que: "O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

E o princípio da boa-fé objetiva é um dos pilares do contrato de seguro, devendo ser observado em todas as fases contratuais, e por todas as partes, almejando uma relação equilibrada, calcada na confiança e na lealdade entre os contratantes[9].

Com efeito, em razão da referida importância que o legislador considerou insuficiente, para os contratos de seguro, a regra geral de conduta insculpida no art. 421 do Código Civil e trouxe norma específica, destacando a sua relevância em todos os pontos do contrato.

Isso porque nos contratos de seguro, a confiança exigida é ainda maior, na medida em que as seguradoras trabalham com as informações prestadas pelos segurados, bem como estão vinculadas as condutas de cada segurado que deve, junto com a seguradora, evitar o risco.

Sobre esse aspecto, vale citar a abalizada lição de Bechara[10]:

> A boa-fé desempenha função das mais importantes no contrato de seguro sendo, talvez, o seu fundamento mais eloquente,

---

7 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.

8 SODRÉ. Marcelo Gomes. Objetivos, Princípios e Deveres da Política Nacional das Relações de Consumo. In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Verbatin, 2009, p. 45.

9 Nesse sentido: "O novo Código Civil traz a boa-fé como cláusula geral (o art. 113, para interpretação dos negócios jurídicos, e o art. 422, para a execução e conclusão dos contratos), enfeixando conjuntamente a probidade. Ainda assim, as exigências de boa-fé e veracidade foram ressaltadas em relação ao contrato de seguro" Ernesto Tzirulnik / Flávio de Queiroz B. Cavalcanti / Ayrton Pimentel. O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 73,

10 SANTOS. Ricardo Bechara. Direito do Seguro no Novo Código Civil e legislação própria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80/81.

> sua principal peculiaridade, tanto que "contrato de extrema boa-fé", "da mais estrita boa-fé", "de máxima boa-fé", de uberimae bona fide, como já diziam os romanos e, tão antiga entre nós, que a primeira seguradora instalada no Brasil, nos idos de 1808, em homenagem a esse elemento essencial do contrato de seguro, denominava-se "Boa-fé Seguros".

No mesmo sentido, Marco Aurélio Marco Moreira[11] citou Clovis Bevilacqua: "este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo, no seguro, o dever comum de dizer-se a verdade".

Ainda se um consumidor presta declarações inverídicas sobre o risco se busca garantir, perde o direito ao recebimento da indenização securitária, porque não agiu de forma leal, com a confiança que se exige nos contratos de seguro. Se houve algum evento que possa desconfigurar essa deslealdade, cabe a ele comprovar que no momento não havia má-fé e que agiu conforme as regras de conduta da sociedade.

Analisar a intenção do segurado é colocar em xeque a boa-fé objetiva e resgatar a boa-fé subjetiva, totalmente contrario ao Código Civil e aos princípios que gerem os contratos modernos.

Basta que o comportamento do consumidor não seja adequado aos padrões de conduta exigidos pela sociedade.

Afinal, a sociedade espera que as declarações sejam prestadas de forma correta, para um cálculo preciso, sem prejudicar toda a massa de segurados em benefício de poucos.

Exigir a prova da intencionalidade e/ou da má-fé é transformar o princípio da boa-fé objetiva em boa-fé subjetiva, em que se analisa a intenção do agente e não a sua conduta.

E obviamente que não é minimamente razoável se exigir do fornecedor uma boa-fé objetiva e do consumidor uma boa-fé subjetiva (em que se discute a intenção do agente).

2. Segurado que presta informações inverídicas.

Pois bem. Pelo princípio da boa-fé deve o segurado prestar informações completas e verídicas para propiciar, assim, o correto cálculo do prêmio e a manutenção do mutualismo.

E o Código Civil prevê a perda do direito ao recebimento da indenização securitária caso não sejam prestadas informações precisas:

> Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito

11 MOREIRA. Marco Aurélio Marco . O contrato de Seguro: Sua função Social e o Consumidor. In Estudos de Direito de Seguro em Homenagem a Pedro Alvim. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.P. 200

> a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

E nem poderia ser diferente, na medida em que é com as informações prestadas pelo segurado que a seguradora irá analisar o risco e calcular o prêmio.

Em qualquer tipo de seguro é necessário que o risco seja delimitado e corretamente avaliado pela seguradora. Não cabe a ela "conferir" o risco. A obrigação é do segurado de prestar as informações corretas e verídicas.

Obrigar a seguradora a "checar" as informações prestadas pelo segurado contraria o princípio da boa-fé e da confiança, na medida em que se partirá do pressuposto que não se pode "confiar" nas informações prestadas pelo segurado. O segurado é quem possui o dever de ser transparente quando da contratação.

Infelizmente, o que vemos é que muitos segurados acabam por omitir ou mentir sobre determinadas informações para que isso possa "baratear" o valor do prêmio.

São segurados que, por exemplo, enviam proposta de um seguro de automóvel mencionando como principal condutor o pai de família, mas quem utiliza o veículo habitualmente é o seu filho de 18 anos ou que assinam uma declaração de saúde mentindo o seu estado clínico real para a contratação de um seguro de vida ou de saúde.

Com isso, este segurado específico pagará um valor inferior ao efetivamente devido, o que prejudica todos aqueles segurados que prestaram as informações corretas e pagaram o prêmio pelo efetivo risco que pretendiam segurar.

Afinal, é sabido que o contrato de seguro é uma forma de socialização dos danos. Certa coletividade de pessoas contribui com o pagamento de prêmios para um fundo comum, que será regularmente utilizado para o pagamento de indenizações oriundas de riscos pré-determinados.

Concordar com o pagamento de indenizações securitária em casos assim é afrontar abertamente os princípios do equilíbrio das relações e da igualdade.

Se um segurado se beneficia por sua conduta desleal, não pode ser tratado da mesma forma que aquele segurado que presta informações verídicas e completas e paga o valor do prêmio efetivamente devido.

Alterar informações para obter um desconto indevido não é uma atitude aceita pela sociedade como natural, como leal e justamente por isso deve ser reprimida.

Da mesma maneira que as empresas possuem deveres gerais de conduta, os consumidores também. E "liberar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta significaria afirmar que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, a desrespeitar os direitos do parceiro contratual, a não agir lealmente (...)"[12].

Felizmente já é possível vermos alguns julgados prestigiando os princípios da boa-fé objetiva e da lealdade por parte dos segurados:

"SEGURO DE VIDA. AÇÃO DE

12 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

INDENIZAÇÃO. FALSA AFIRMAÇÃO DO SEGURADO QUANDO DA FORMULAÇÃO DA PROPOSTA. REFLEXOS NA FORMULAÇÃO DAS BASES DOS CONTRATOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. O contrato de seguro assenta-se essencialmente na boa-fé das partes, de modo que a falsa declaração ou omissão de fatos relevantes implica nulidade (artigos 765 e 766 do Código Civil). Faltando o segurado com a verdade, ao responder negativamente ao questionário sobre as suas condições de saúde, fazendo falsa afirmação, constitui violação do preceito que lhe impõe a lealdade. [13]"

"Seguro de veículo. Cláusula de perfil que mencionava a mãe do Autor como principal condutora, e que não utilizava o veículo para visitar clientes. Autor não nega que era o principal condutor. Agravamento do risco pelo segurado. Indenização indevida. Ação improcedente. Recurso desprovido"[14].

SEGURO DE VIDA OMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE AUSÊNCIA DE ESTRITA BOA-FÉ PERDA DO DIREITO À GARANTIA, APLICAÇÃO DO ARTIGO 766, DO CÓDIGO CIVIL RISCO EXPRESSAMENTE EXCLUÍDO DE COBERTURA. Demonstrada objetivamente a existência de doença anterior à contratação, ao não a declarar, agiu o segurado em descompasso com a boa-fé estrita exigida pela estruturação do contrato de seguro. **No momento da proposta, parte vulnerável é a empresa seguradora.** Aplicável o artigo 766, do Código Civil, em razão da omissão, com a perda da garantia. No caso, ainda, preexistência não declarada como risco excluído de cobertura por expressa disposição contratual. Apelação não provida[15].

Decisões como essa precisam ser multiplicadas. A partir do momento em que o segurado souber que efetivamente não receberá a indenização securitária se prestar declarações inverídicas, repensará a sua conduta e agirá de acordo com o que a sociedade espera.

O princípio da boa-fé objetiva do segurado que presta declarações inverídicas foi também brilhantemente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale conferir alguns trechos deste precedente:

"Para se delimitar o alcance do objeto contratual, é essencial ter em mente certas diretrizes e, no que diz respeito ao contrato de seguro, a mais relevante delas é a boa-fé. Com efeito, o CC/1916 já estabelecia, em seu art. 1.443, que "o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

13 TJ-SP. Apelação n. 0035416-74.2009.8.26.0564, Des. Rel. Antonio Rigolin, julgado em 05/11/2013.

14 TJ-SP, Apelação n. 0118502-69.2012.8.26.0100, Des. Rel. Pedro Baccarat, julgado em 20/02/2014

15 TJ-SP. Apelação n. 9235565-15.2005.8.26.0000Des. Rel. Sá Moreira de Oliveira, julgado em 01/08/2011

Trata-se de boa-fé objetiva, devendo ser compreendida como regra de comportamento e não como mero estado subjetivo dos contratantes. Nesse sentido objetivo, a boa-fé exige que os contratantes se tratem com lealdade, de forma que a relação contratual não seja fonte de prejuízo para as partes. E mais do que ser fonte de deveres laterais, a boa-fé exerce papel relevante na limitação ao exercício inadmissível de posições jurídicas. A boa-fé restringe, portanto, o exercício de direitos, para que não se configure a abusividade. O contratante não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar o outro contratante.

O princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 1443 do CC/16, impõe ao segurado declarar a verdade e não omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na prestação do contrato de seguro.

Com efeito, é com base nas informações prestadas pelo segurado, tal qual a localidade de circulação habitual do veículo, **que a seguradora avalia a aceitação dos riscos e arbitra o valor da prestação a ser paga.**

Ademais, mesmo que se considere que a mudança da localidade de circulação habitual do veículo foi posterior à celebração do contrato, tal fato deve ser informado à seguradora, pois **a boa-fé objetiva deve permanecer em todo o período contratual.** (...)

Ademais, com base no princípio da boa-fé objetiva, deve-se esperar do segurado a prestação de informações que possam influenciar na aceitação do contrato e na fixação do prêmio. Na presente hipótese, o segurado, ao firmar contrato em localidade diversa da circulação habitual do veículo e ali indicar endereço residencial, certamente, omitiu informação relevante[16].

No acórdão mencionado acima, o princípio da boa-fé foi analisado para realizar a interpretação do contrato, considerando válida a sua cláusula limitativa. Afinal, o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça foi que o Segurado não pode prestar informações inverídicas em busca de uma vantagem patrimonial pessoal porque isso viola a boa-fé e acarreta a perda do direito ao recebimento da indenização securitária.

No mesmo sentido:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. USO E DESTINAÇÃO DO BEM. INTERFERÊNCIA NO PERFIL DO CONDUTOR. PAGAMENTO DE PRÊMIO A MENOR. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC.
>
> 1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais.

16 REsp 988.044/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010

Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes.

2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual (base econômica do seguro).

3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados.

4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC).

5. Apenas se o segurado agir de boa-fé, ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária.

6. **Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum.**

7. Recurso especial não provido[17] (g.n.n).

De forma correlata, cabe ao segurado informar à Seguradora qualquer fato que agrave o risco objeto do contrato de seguro, como bem destacado no precedente acima.

Sobre esse aspecto, vale trazer a lúcida lição de Bechara[18] que destaca que a única diferença para este caso é o momento em que a informação é

17 REsp 1340100/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014

18 Op. cit., p. 119

prestada:

"O dever de comunicação do agravamento do risco é dogma estabelecido nas legislações de todo mundo, tal como sucede no dever de declaração do próprio risco, e tem um sentido técnico jurídico (...) a única diferença entre o dever de comunicar o agravamento do risco e a declaração do risco reside no momento de seu exercício"

Devendo estar claro que a grande prejudicada não seria a seguradora, mas sim todos os demais segurados que contribuem para o fundo comum administrado pela segurado, de onde são retiradas as indenizações securitárias.

E justamente por isso é que não pode um único segurado ser prestigiado em detrimento dos demais, pois essa proteção exagerada traz influências negativas para todos os demais segurados.

Sobre a influência do mercado na precificação do seguro, vale transcrever os ensinamentos de Walter Polido[19]:

> "O mercado segurador funciona qual um sistema integrado e qualquer anomalia repercute no todo, na comunidade segurada, pois que as discrepâncias não podem ser totalmente mensuradas ou mesmo previstas, podendo prejudicar sim o resultado final da operação de forma sistêmica: se houver subversão de valores técnicos e jurídicos de tal ordem – em proveito de alguns e em detrimento da massa segurada global -, toda a coletividade será prejudicada. A consequência negativa repercute sempre em aumento dos preços dos seguros (e no resseguro) e também na escassez da oferta em determinadas coberturas (seguros e resseguros). Em razão de tal repercussão negativa é importante frisar a responsabilidade do julgador acerca de questões pertinentes aos contratos de seguros".

E por conta disso, vemos um rascunho de movimento pendular no Poder Judiciário que iniciou a busca pelo reequilíbrio das relações, com e prestigiando a boa-fé objetiva como um dever também dos segurados.

Infelizmente ainda vemos alguns julgados que exigem a comprovação pela seguradora de o segurado agiu deliberadamente de má-fé e teve intenção de agravar o risco, ou que exigem o nexo de causalidade entre a informação inverídica e o sinistro.

Exigir o nexo de causalidade será, na maioria das vezes, prestigiar o segurado que prestou informações inverídicas, mas, por exemplo, teve o seu veículo roubado. Não é minimamente razoável que duas pessoas que deveriam pagar o mesmo prêmio, mas uma obteve um ilícito desconto, e tiveram o mesmo sinistro recebam a mesma indenização securitária.

Qual explicação se deve dar ao segurado de boa-fé?

Evidente, portanto, que é indiferente a intenção do segurado quando presta informações inverídicas.

Exigir a comprovada má-fé contraria o texto legal e coloca de lado o princípio da boa-fé objetiva, ressuscitando a boa-fé subjetiva, em que é analisada

19 POLIDO. Walter A. Contrato de seguro: novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 113 e 114.

a intenção do agente.

Deve ser analisada a conduta do segurado e como exceção se averiguar a ausência de má-fé, cuja prova cabe ao segurado.

Devemos buscar o equilíbrio das relações e não a preponderância de toda e qualquer alegação do consumidor exageradamente protegido.

O protecionismo exagerado causa desequilíbrio na relação e viola o próprio Código de Defesa do Consumidor que elenca, dentro dos princípios básicos a harmonização do interesses de consumidores e fornecedores[20].

Vale repetir. A prova da ausência de má-fé deve ficar a cargo do consumidor. A intenção do agente não é analisada, mas apenas a sua conduta.

Com efeito, não se pode presumir a boa-fé objetiva, justamente porque ela é "objetiva". É uma regra de conduta e não avalia a intenção do agente. O que se presume é a boa-fé subjetiva, que não se aplica no direito contratual moderno.

A seguradora confia nas informações prestadas pelo segurado e assim deve ser. Imagina o constrangimento daquele segurado que prestou informações verídicas se a seguradora informasse que precisaria checar a veracidade da declaração? Não se pode prejudicar toda a coletividade em função de alguns segurados desleais.

Evidente, por todo o exposto, que não há o que se falar em prova da "má-fé" do segurado ou do agravamento intencional do risco. A simples conduta que infringe a lealdade esperada é o suficiente para caracterizar o agravamento do risco e a perda do direito ao recebimento da indenização securitária.

3. Prova da ausência de boa-fé que deve ser produzida pelo consumidor. Inadmissibilidade de inversão do ônus da prova nesta hipótese.

Como visto, a boa-fé objetiva está pautada em uma conduta legal, comumente aceita pela sociedade.

Assim, não sendo analisada a intenção do agente, a prova acerca da "boa-fé" (que não se presume por ser objetiva) é a exceção e deve ficar a cargo do segurado, que é quem detém os meios de prova.

Com efeito, o diploma consumerista incluiu dentre as formas de facilitação da defesa do consumidor a possibilidade de inversão do ônus da prova quando as alegações forem verossímeis e/ou o consumidor for hipossuficiente:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

---

20 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Sem adentrar na questão acerca da cumulatividade ou não dos requisitos, fato é que uma interpretação teleológica do diploma consumerista atrai a necessidade da presença de hipossuficiência técnica, ou seja, a impossibilidade ou dificuldade de o consumidor produzir a prova, conforme já decidido pelo STJ: "A discussão acerca do cabimento ou não da referida regra de instrução probatória perpassa pela apreciação da hipossuficiência técnica do consumidor e da verossimilhança das alegações deduzidas (...)[21] "

Afinal, o Código de Defesa do Consumidor possui como escopo equilibrar a relação e não colocar o consumidor em posição de superioridade perante o fornecedor, podendo alegar o que bem entender e aguardar a produção de prova em contrário.

Pior ainda, no caso analisado no presente estudo, é o consumidor quem detém os meios de prova, sendo que a prova, pelo fornecedor é muito mais dificultada, o que torna inviável qualquer inversão.

Nesse sentido, vale trazer citar precedente de relatoria do Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO:

> *"O instituto da inversão do ônus da prova é mecanismo revolucionário de facilitação da defesa do consumidor em Juízo, mas que não importa em subversão das regras elementares do processo.* ***Só aplicável, portanto, nas hipóteses em que a prova é de difícil ou impossível produção ao consumidor [22]".***

Apenas para exemplificar. Se o segurado declarou que transitava com o veículo no interior e no dia em que se mudou para a capital ocorreu um acidente. Quem possui os melhores meios para comprovar esse fato?

Se o veículo era utilizado por uma senhora, casada de 50 anos e um dia em razão de uma emergência médica, o seu filho de 18 anos dirigiu o veículo e ocorreu o sinistro. Quem possui melhores condições de comprovar essa situação?

A prova apenas será difícil de ser produzida pelo consumidor nos casos em que realmente não agiu pautado pela boa-fé e por óbvio não poderá ser invertida neste caso.

---

21 AgRg no AREsp 337.976/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013

22 TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº. 0037698-26.2009.8.19.0000 (2009.002.32034), julgado em 15.09.2009

Conclusão.

A boa-fé objetiva é um dos pilares do contrato de seguro e deve ser observada por ambas as partes, que devem pautar as suas condutas pela lealdade e hábitos comumente aceitos pela sociedade.

O que vemos muitas vezes é a aplicação da boa-fé objetiva pelo fornecedor, mas a análise da intenção do consumidor, ou seja, para este o que seria analisada é a sua boa-fé subjetiva.

Tal discrepância, além de contrariar a atual teoria contratual causa um desequilíbrio nas relações, que inclusive é condenado pelo diploma consumerista.

Os segurados em razão da boa-fé objetiva (regra de conduta) devem prestar informações verídicas e completas para as seguradoras poderem analisar o risco e efetuar o cálculo correto do prêmio, em proteção a todos os demais segurados que contribuem para o fundo comum de onde são retiradas as indenizações.

Para se valerem da aplicação do parágrafo único do artigo 766, caberá ao consumidor comprovar que a sua conduta foi leal e honesta, conforme regras reais da sociedade, ou seja, estava pautada na boa-fé objetiva e realmente aconteceu uma exceção.

Referências Bibliográficas:

DELGADO, José Augusto. O contrato de seguro e o princípio da boa-fé: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004. p. 129.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180-181.

MOREIRA. Marco Aurélio Marco. O contrato de Seguro: Sua função Social e o Consumidor. In Estudos de Direito de Seguro em Homenagem a Pedro Alvim. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.P. 200

POLIDO. Walter A. Contrato de seguro: novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 113 e 114.

TEPEDIO. Gustavo. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In. Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Convergências e assimetrias. São Paulo: RT,2005. P. 217.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro-novo código civil brasileiro. São Paulo: IBDS, 2002.

SANTOS. Ricardo Bechara. Direito do Seguro no Novo Código Civil e legislação própria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80/81.

SODRÉ. Marcelo Gomes. Objetivos, Princípios e Deveres da Política Nacional das Relações de Consumo. In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Verbatin, 2009, p. 45.

VENOSA. Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2012. P. 373

WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. a.6, n.21, p.14-47, jul.- set. 2003, p. 42.

Jurisprudência mencionada:

AgRg no REsp 1203943/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 14/12/2011

TJ-SP. Apelação n. 0035416-74.2009.8.26.0564, Des. Rel. Antônio Rigolin, julgado em 05/11/2013.

TJ-SP, Apelação n. 0118502-69.2012.8.26.0100, Des. Rel. Pedro Baccarat, julgado em 20/02/2014

TJ-SP. Apelação n. 9235565-15.2005.8.26.0000Des. Rel. Sá Moreira de Oliveira, julgado em 01/08/2011

AgRg no AREsp 337.976/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013

TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº. 0037698-26.2009.8.19.0000 (2009.002.32034), julgado em 15.09.2009

REsp 988.044/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010

REsp 1340100/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014

A arbitragem na **atividade seguradora e** ***resseguradora no Brasil***

Palavras- chave

seguro - resseguro - arbitragem - mediação - judicialização - vantagens e desvantagens

Milena Carvalho Fratin

Advogada especialista em Direito Securitário há 19 anos, pós graduada pela PUC-SP em Direito Processual Civil e pela EAG/FGV em Direito Securitário, com MBA em Seguros pela FIA/USP.

Há muito tempo que a sociedade brasileira sente e reclama quanto aos efeitos do moroso e atravancado trâmite dos processos judiciais. Diz-se que há excesso de recursos processuais, que há poucos juízes e que o sistema processual permite manobras que eternizam a solução dos conflitos levados aos Tribunais Brasileiros.

A crise do processo e do Poder Judiciário foi propulsora para que a Arbitragem nascesse, pois apesar das várias reformas do Código de Processo Civil, ainda não se conseguiu um mecanismo judicial funcional e eficaz para a solução dos conflitos. Ainda, os trâmites processuais das ações que tramitam no Judiciário brasileiro, possuem uma visão de eternidade.

Há uma forma alternativa de solução de conflitos de interesse, que é a arbitragem. No Direito brasileiro, por força do disposto na Lei 9.307/96, a sentença arbitral está equiparada a uma sentença judicial, a um título executivo judicial, ou seja, não é necessária sua homologação para a execução pelo Poder Judiciário. E mais, a sentença arbitral é irrecorrível.

De acordo com Carlos Alberto Carmona (2007, p. 31):

> A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Havia dois grandes obstáculos para a prática da arbitragem no Brasil: o primeiro era o fato do legislador ignorar a Cláusula Compromissória, pois o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não contemplavam tal Instituto; o segundo era o fato de que para ter eficácia a decisão arbitral, era necessária a homologação judicial do laudo arbitral.

Até o advento da Lei 9.307/96, o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral, a não ser pelo compromisso arbitral. Assim, a obrigatoriedade da homologação do laudo arbitral, para que este pudesse ter o mesmo valor e eficácia de uma sentença judicial, retroagia o Legislador à forma mais antiga e ultrapassada de um litígio, pois a parte que opta por uma solução arbitral, quer evitar a interferência do Estado em qualquer momento do litígio.

A obrigatoriedade, que existia da homologação judicial do laudo arbitral, excluía várias vantagens da Arbitragem, entre elas o segredo e a celeridade.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já declarou que a Lei 9.307/96 não é inconstitucional (Agravo Regimental em sentença estrangeira nº 5.206-7).

O setor de Seguros no Brasil tem uma importante representatividade econômica, acompanhando o crescimento do país com a melhora de resultados e o aumento de negócios realizados nos últimos anos. Em meio à evolução mais acelerada da área, muitas empresas se veem diante da necessidade de encontrar métodos mais ágeis para solucionar

eventuais conflitos, como alternativa aos tribunais. Embora pouco usada no Brasil, em comparação a outros países, a arbitragem em seguros e resseguros começa a despertar o interesse de diversos profissionais, representantes do governo e advogados.

Quanto ao contrato de seguro, entendem-se perfeitamente aplicáveis as normas traçadas pela Lei 9.307/96. O instituto da arbitragem é consensual, podendo ser inserido nos contratos por um acordo de vontades das partes que estipularão, que o litígio ou futuro litígio será resolvido pela via arbitral.

A aplicabilidade da arbitragem aos contratos de seguro e resseguro, questão esta da maior importância, especialmente pelas largas vantagens da utilização destes meios alternativos de solução de conflitos, deve ser melhor e mais profundamente estudada.

Por suas peculiaridades, com destaque para a rapidez e para a confidencialidade, a arbitragem pode ser uma ferramenta interessante para dirimir uma série de situações que afetem relações baseadas em contratos de seguros e resseguros.

Uma das vantagens da Arbitragem é o fato de, com o seu regulamento, podem ser eliminadas as etapas procedimentais dos códigos nacionais.

A aplicação da Arbitragem no universo dos seguros favorecerá uma maior projeção do Brasil. Os magistrados, por sua vez, poderão se familiarizar mais com as regras da arbitragem, o que, consequentemente, minimizará a possibilidade de interferências.

Quais são os principais entraves à utilização da Arbitragem em Seguros e Resseguros no Brasil?

O Brasil contou com o monopólio do resseguro por quase setenta anos. A direção contratual, desde a formulação dos clausulados de seguro até sua interpretação quando da regulação dos sinistros, foi determinada pelo Estado, seja por meio do então Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), seja por meio da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

A abertura do resseguro, feita por meio da Lei Complementar nº 126/2007 e seus regulamentos posteriores, não estabeleceu um sistema de proteção dos interesses das partes dos contratos de seguro e de resseguro.

Um novo período nasceu na vida obrigacional de seguros no Brasil sem que existisse uma estrutura legal disposta para a proteção dos vínculos contratuais, e sem a pré-formação de experiência e precedentes que pudessem guiar sua interpretação e execução de forma equilibrada e convergente com a realidade do país.

A Arbitragem é, sem dúvida, uma forma de desafogar o Poder Judiciário das demandas complexas, propiciando uma maior análise técnica. A liberdade de suas instituições deve conviver, no entanto, com a experiência cultural brasileira e preservar os conteúdos obrigacionais conquistados ao longo da história.

Deve ser permanentemente buscada a formação e consolidação de um sistema alternativo para a solução de litígios de aspectos que envolvam o direito e os objetivos da sociedade. Um caminho seria a concentração de esforços para o

fortalecimento das câmaras arbitrais brasileiras, de modo a que passem a representar uma alternativa confiável para todos, inclusive para as empresas globais.

Em muitos casos, essas arbitragens implicam distanciamento do idioma nacional e da cultura brasileira. Esse afastamento costuma significar a alteração da compreensão jurídica e de mundo que é levada em conta pelas partes nacionais, que aqui celebram seus contratos, praticam os atos que podem deflagrar os conflitos de interesses a serem tutelados.

Invariavelmente, as mesmas arbitragens e os questionamentos judiciais pertinentes são mais onerosos do que os procedimentos locais, exigindo desde a tradução e legalização de documentos, viagens internacionais, bem como diversos outros procedimentos.

Entretanto, é possível que, à revelia do pacto contratual, fruto da proposta e da sua aceitação, e a despeito de o seguro já estar vigendo, a seguradora, ao emitir a apólice, muitas vezes para atender a exigência de resseguradores estrangeiros, venha a inserir entre as condições do seguro, uma cláusula compromissória de arbitragem. O segurado, obviamente, não terá aderido a tal cláusula e o único meio de estabelecer validamente o compromisso arbitral é através de instrumento redigido em conformidade com as exigências feitas na Lei de Arbitragem, especificamente submetido ao segurado pelo segurador, em apartado.

Diante de tais fatos, é imperiosa a adoção de regra específica que regule tal procedimento e que seja viabilizada a adoção de sua prática.

A aplicação da arbitragem em contratos nacionais e internacionais de seguros e resseguros é uma excelente alternativa para empresas que buscam maior agilidade na solução de conflitos.

A expansão do mercado brasileiro de seguros e resseguros aumenta a necessidade das empresas de maior agilidade na solução de conflitos, ampliando as possibilidades de utilização da arbitragem no país.

De importante representatividade econômica, o setor acompanha o crescimento do país com a melhora de resultados e o aumento de negócios realizados nos últimos anos. Em meio à evolução mais acelerada da área, muitas empresas se veem diante da necessidade de encontrar métodos mais ágeis para solucionar eventuais conflitos, como alternativa aos tribunais. Embora pouco usada no Brasil, em comparação a outros países, a arbitragem em seguros e resseguros começa a despertar o interesse de diversos profissionais.

No segmento, os contratos podem ser nacionais ou internacionais (entre duas empresas de diferentes países, por exemplo), com a adesão de terceiros, muitas vezes não signatários. Além disso, a jurisdição brasileira passa a ser uma das opções, uma vez que Londres, Paris e Nova York predominam pela sua tradição jurídica nessa área, o que aumenta a complexidade dos casos.

A maior agilidade é uma vantagem adicional não apenas por encurtar prazos. A economia de tempo, muitas vezes impossível de ser conseguida em tribunais, representa, em seguros e resseguros de bens de grande valor, uma redução potencial de gastos. O custo do tempo precisa ser levado em conta. A decisão sobre onde arbitrar também

tem fundamental importância.

Em outros países, a utilização do método na área de seguros e resseguros é comum. A aplicação crescente do método, no universo dos seguros internacionais, favorece uma maior projeção do Brasil. Os magistrados, por sua vez, poderão se familiarizar mais com as regras da arbitragem, o que, consequentemente, minimizará a possibilidade de interferências.

Há a necessidade de se instituir novas vias alternativas de acesso à justiça para o mercado segurador, a fim de viabilizar o acesso da população a tão almejada justiça. No Brasil, já existem diversas entidades que abriram câmaras ou tribunais de arbitragem, possibilitando a utilização desse meio alternativo, oferecendo excelentes resultados.

A arbitragem, como procedimento para julgamento de litígios, que se realiza em foro privado, instituída pela lei n.º 9.307/96, surge como uma nova alternativa à justiça comum. É uma tendência mundial, assentada na rapidez das decisões, na crescente complexidade dos contratos e no conhecimento técnico dos árbitros.

A credibilidade da arbitragem, como meio idôneo de solução de litígios, depende, fundamentalmente, da confiança que as partes e, naturalmente, seus advogados puderem depositar nos árbitros, bem como na certeza de que a condução do procedimento arbitral não acabará prejudicando o princípio fundamental do devido processo legal.

Infelizmente, o Brasil tem adotado injustificável resistência a esse sistema. O problema com relação à aplicação reflete-se no desconhecimento do mecanismo e das finalidades da arbitragem. Nesse sentido falta, portanto, a cultura arbitral da população.

As vantagens proporcionadas, pela nova lei, envolvem a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, a celeridade, o prazo para prolação de sentença, a confiabilidade na pessoa do árbitro, o sigilo, a praticidade, o informalismo e o menor desgaste psicológico.

A arbitragem, no Brasil, tem campo de atuação, pois a população, principalmente os empresários, necessitam de meios mais rápidos e eficientes para a resolução de seus problemas, uma vez que a boa imagem é fundamental para conservar e ganhar mercados.

Como um meio alternativo à lentidão do Poder Judiciário, a Arbitragem possibilita a solução de litígios de forma rápida e sigilosa. Porém, no Brasil, o número de processos é inexpressivo até o momento. É crescente o número de contratos que elegem a cláusula compromissória, mecanismo utilizado para submeter um contrato à arbitragem, mas a quantidade de procedimentos no mercado de seguros ainda é baixa.

Reconhecendo-se o acesso à justiça como uma problemática intensamente debatida, torna-se imperativo que se aborde tal premissa relacionando-a com o instituto da Arbitragem. A relevância desta temática refere-se à possibilidade de funcionamento da Arbitragem no Brasil, bem como aprofundar o conhecimento desta forma alternativa de acesso à justiça, por meio da apresentação do conceito e da evolução histórica, em que se entenderá a amplitude da alternativa existente de jurisdição, além de apresentar uma possibilidade de proporcionar, ao mercado de

seguro e resseguro, mecanismos eficazes e mais ágeis de solução de litígio.

A arbitragem vem delineando caminhos inovadores para a solução de conflitos. O seu uso tornou-se uma constante, principalmente nos contratos internacionais de seguro, abrindo espaço para o seu aperfeiçoamento, evolução e estudo.

O Brasil, seguindo esta tendência jurídica, desenvolveu legislação específica, adequando esta forma alternativa para a solução de litígios. A nova lei de arbitragem, como instituto alternativo, desperta para novas perspectivas, dando força para os tribunais arbitrais brasileiros, restituindo a credibilidade dos contratos brasileiros com cláusula e compromisso arbitral.

A arbitragem é a forma mais rápida e ágil de resolver controvérsias, pois é notório que o Poder Judiciário é moroso e, devido ao acúmulo de serviço, está fazendo com que as decisões tornem-se ineficazes.

A lentidão da justiça pode ser afastada, tanto nos processos de origem civil, como comercial. A arbitragem é uma tendência mundial, assentada na rapidez das decisões, na crescente complexidade dos contratos e no conhecimento técnico.

Com o instituto da arbitragem em pleno funcionamento, o Judiciário terá mais tempo para decidir os temas de sua competência, os direitos indisponíveis, não se preocupando com os conflitos de direitos disponíveis. Grande é a relevância desse instituto para o desenvolvimento da Justiça.

Assim, para que haja justiça, é necessário que o Poder Judiciário Brasileiro, como órgão público, busque vias alternativas, na esfera do direito privado, para se modernizar, aumentando, dessa forma, a qualidade e a quantidade de suas decisões. Ciente dessa abordagem vislumbra-se a exploração que deve ser feita no instituto da arbitragem, como forma alternativa de jurisdição.

Além da demora, se uma empresa de seguros tem algum tipo de disputa na justiça, o processo vai para um juiz que nem sempre é especialista no assunto tratado. Já com a arbitragem, é possível escolher um árbitro que tenha conhecimento técnico sobre o tema referente ao litígio, porém de forma imparcial e sem relações favoráveis a qualquer um dos envolvidos.

A arbitragem chegou ao Brasil em 1996 e ainda não é amplamente utilizada como meio de solução de conflitos, pois um dos entraves de sua utilização tem sido o alto custo, que afasta principalmente as pequenas e médias empresas.

A arbitragem deve funcionar de forma paralela ao Poder Judiciário, e claro, moldando-se caso a caso, e, ainda, ter como alternativa uma decisão baseada na equidade. O meio pacífico de controvérsias proporcionará mecanismos flexíveis para a tão esperada justiça.

A lei de arbitragem, no entanto, não afasta o Poder Judiciário, nem lhe subtrai poderes e prerrogativas. Tão somente privilegia a vontade das partes que poderão optar, livremente, por recorrer à arbitragem para solucionar controvérsias de caráter patrimonial, direito disponível, proporcionando às partes, a decisão de acordo com seus valores e princípios.

A irrecorribilidade e a falta de homologação da sentença não ofendem a garantia constitucional de acesso à justiça, as partes terão sempre a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a nulidade da sentença arbitral, em ação própria ou em ação de embargos de devedor, durante o processo de execução da sentença arbitral.

Desta forma, o instituto da arbitragem, deve ser valorizado como forma de cooperar na distribuição da Justiça, e também como instrumento extrajudicial, na área privada, de solucionar litígios sem a interferência do Poder Estatal.

Assim, o instituto da arbitragem busca evitar conflitos e ofensas mútuas, deixando para o futuro um relacionamento sem marcas profundas, sendo que, as partes quando não chegam a um acordo pela mediação, poderão ter instituído o juízo arbitral pela vontade das mesmas. Portanto, o instituto da arbitragem proporciona, de forma rápida e eficaz, a pacificação social das avenças existentes no Mundo Jurídico.

O Brasil teve várias leis sobre Arbitragem editadas, acerca do assunto são apresentadas a seguir algumas destas:

- O Regulamento 737 de 1.850, que já previa o Procedimento Arbitral, mas foi revogado pela Lei 1.350 de 1.867 e pelo Decreto 3.900 de 1.867, os quais deram nova regulamentação ao procedimento arbitral, tornando-o sempre voluntário e dependente da assinatura do respectivo compromisso.

- O Decreto 3.084 de 1.898 dedicou um capítulo exclusivo ao juízo arbitral, mas que deveria ser instituído, sempre pela vontade das partes, e tornava obrigatória a decisão somente após a assinatura do compromisso, judicial ou extrajudicialmente.

- A Constituição de 1.824 permitiu a nomeação de juízes arbitrais nas causas cíveis, cujas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim fosse acordado pelas partes.

- O Código Civil de 1.916 regulou o "compromisso" como condição para que os árbitros, escolhidos pelas partes, pudessem resolver seus litígios. Sujeitava os árbitros a formalidades rígidas, vinculando-os desde o momento da aceitação pelas partes, mas condicionava a sua decisão à homologação judicial. O compromisso era equiparado à transação.

- A Constituição de 1.934, que estabeleceu o sistema da unidade processual em todo o Brasil, determinou competência exclusiva à União Federal para legislar sobre a arbitragem comercial, autorizando os Estados a legislarem supletivamente, para atender às necessidades locais.

- A Constituição de 1.937 permitiu que os Estados dispusessem na falta de legislação federal, a respeito de organizações públicas, com o propósito de conciliação extrajudicial dos litígios, a decisão arbitral.

- Na Constituição de 1.946 foi prevista, pela primeira vez, a garantia da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ao direito individual. Nesta Constituição, nada foi mencionado sobre a arbitragem, o mesmo acontecendo nas Constituições posteriores, o que nos leva a concluir que a introdução, em sede constitucional, determina que a tudo se recorra ao Judiciário, em caso de lesão ao direito individual.

- O Decreto-Lei 9.251/46, no qual foi criado o Tribunal de Exceção, explicita que as partes, em juízo arbitral, por meio de decisão arbitral, poderiam ter a decisão apreciada em grau de recurso pelo Judiciário, o qual homologaria ou não referida decisão.

- Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem, a qual prevê que a existência da cláusula compromissória leva a assinatura do compromisso e, consequentemente, ao juízo arbitral, impedindo que a questão seja resolvida pelo Poder Judiciário.

- O Novo Código Civil, de 2002, prevê o instituto da Arbitragem.

Diante da Constituição de 1.946 houve uma grande discussão sobre a constitucionalidade ou não da arbitragem, levando, inclusive a manifestação do Supremo Tribunal Federal (Agravo de Instrumento 52.181-GB, na RTJ 68, p. 382 a 397) ao afirmar que o juízo arbitral não era inconstitucional, frente ao artigo 141, parágrafo 4 da Constituição Federal de 1.946.

O Decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, foi a primeira norma a se referir expressamente à "cláusula compromissória", vez que tal cláusula só teria validade como "promessa", dependendo para sua formalização de novo acordo, que passou a se chamar de "compromisso arbitral". Este Decreto influenciou decisivamente toda a legislação, doutrina e jurisprudências posteriores, com o fim de determinar que a simples previsão da cláusula compromissória, em contrato, não obrigava qualquer das partes a instituir o compromisso. Assim, a negação da execução da cláusula compromissória pode ser considerada como justificativa para o desuso da arbitragem no Brasil.

A resistência histórica à arbitragem, em razão dos entraves criados pelo Código Civil de 1916, seguido pelo Código de Processo Civil de 1.939, culminando com o Código de Processo de 1973 era justificável, mas criou a sensação de que a não utilização da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil, levaria a extinção deste Instituto.

Pontes de Miranda (1977, p. 344), em sua obra, asseverou que:

> O juízo arbitral é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo. E mais: é arma eficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um).

Assim como Pontes de Miranda, muitos outros doutrinadores acreditavam que a arbitragem iria proteger os interesses internacionais ao invés dos nacionais. Depois de pouco tempo, estas opiniões foram trocadas pela realidade, em que a arbitragem não se revelou um método abusivo para solução de conflitos, assim como não houve uma revolta pelo Poder Judiciário quanto à solução de conflitos extrajudiciais, ao contrário, os juízes perceberam que esta forma de solução até trouxe benefícios para todo o país. A experiência demonstrou que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional do Estado. No entanto, estas polêmicas ocorreram antes do advento da Lei da Arbitragem.

Segundo Duval Vianna (1998), os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso, tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos de poder de jurisdição. É que, como evidente este poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu exercício não se submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso, não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que, ressalvados os casos na Constituição previstos, ao Judiciário se reconhece.

A arbitragem não passa de um meio alternativo de solução de litígios, e de alguns litígios especificamente, pois os litígios que versam sobre direitos indisponíveis ou que envolvem pessoas incapazes para transigir não podem ser resolvidos por meio da arbitragem.

O instituto da Arbitragem não é conflitante com o Poder Judiciário, pois é eficaz apenas para solucionar determinados tipos de controvérsias. Há necessidade de que as partes litigantes desejem que a solução de seus problemas seja resolvida por meio da arbitragem, seja pela especialidade do assunto, pois os juízes estatais não tem capacidade de entendê-lo por tão específico que é, seja pelo sigilo que cerca o objeto do contrato celebrado entre as partes litigantes, que não pode se sujeitar a um debate público, sob pena de causar prejuízos irremediáveis a todos os contratantes.

A solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, tendo esta decisão o fim de assumir a eficácia de uma sentença judicial, chama-se Arbitragem.

Os interessados em se utilizar da arbitragem devem ser pessoas capazes de contratar, ou seja, que possuam capacidade civil, e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O litígio também não pode envolver questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões que não sejam de cunho patrimonial.

Adentrando à Lei da Arbitragem de 9.307/96, norma que hoje regulamenta a instituição da Arbitragem, tem-se que qualquer pessoa capaz de contratar pode utilizar a arbitragem para solucionar conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis. Direitos Indisponíveis não podem ser resolvidos pela arbitragem.

As partes podem escolher o direito (material ou processual) aplicável à solução da controvérsia, optando ainda pela decisão por equidade ou com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

O princípio da autonomia da vontade das partes foi reforçado para que não houvesse dúvida na aplicação da Lei. Pela arbitragem, muitos conflitos são resolvidos com a expressa escolha da Lei aplicável pelas próprias partes, de modo que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto.

As regras de direito aplicáveis à arbitragem são tanto material quanto processual, em que a processual não impede que as partes criem regras específicas para resolver a controvérsia, remetendo-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até adotem as regras de um código de processo civil estrangeiro, desde que sejam respeitados os princípios da ampla defesa, contraditório, imparcialidade, igualdade das partes e livre convencimento do árbitro.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são denominados conjuntamente de Convenção de Arbitragem. Tanto a cláusula quanto o compromisso excluem a jurisdição estatal. Assim, a cláusula compromissória avençada, formalmente, entre as partes contratantes, com o fim de submeter a arbitragem a solução de eventual litígio, que possa decorrer de uma relação negocial contratual, passou a afastar a competência da justiça estadual. Hoje, no Brasil, a arbitragem pode ser instituída somente com base em cláusula compromissória, dispensando a formalidade do compromisso.

A cláusula compromissória pode ou não estar inserida no corpo de um contrato. Sendo que após a realização do contrato, esta será convencionada por meio de e-mail, carta, telegrama, qualquer ato jurídico que comprove que eventuais e futuros litígios se resolverão por meio da arbitragem.

Em razão da força da cláusula compromissória foram criadas regras para que esta fosse rápida e eficaz na solução de controvérsias. Assim, o juiz ao se deparar com uma cláusula compromissória vazia, aquela que se limita a prever que qualquer litígio será resolvido por meio da arbitragem, sem maiores informações, poderá nomear o árbitro, até um árbitro único, caso assim entenda ou um colegiado, assim como poderá fixar outros elementos necessários ao processo arbitral, como, por exemplo, o prazo de apresentação do laudo e local da realização dos atos da arbitragem. As cláusulas arbitrais vazias trazem estes inconvenientes, devendo ser evitadas a todo custo pelas partes, as quais devem sempre prever a solução dos litígios por meio das regras de um órgão institucional arbitral ou prever, no contrato, a forma de nomeação do árbitro.

O árbitro tem o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como quanto ao próprio contrato que possua a cláusula compromissória. Compete ao árbitro decidir se o ato das partes contratantes, o qual estabelece a própria competência do árbitro, tem ou não validade. Caso o árbitro declare a cláusula nula, terá proferido sentença terminativa, em que o laudo será apenas um conteúdo processual.

No compromisso arbitral deve haver a qualificação das partes, do(s) árbitro(s), ou a

especificação da entidade que indicará o árbitro, a matéria que objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. A ausência de algum destes elementos obrigatórios poderá implicar na nulidade do compromisso arbitral.

As partes podem elas próprias escolher os árbitros ou delegar a uma entidade que assim o faça. Por exemplo, as partes podem delegar que a Ordem dos Advogados do Brasil pode escolher ou indicar o árbitro, mas as partes primeiro devem verificar se tal entidade aceita tal nomeação antes, pois a simples indicação não obriga a entidade à designação de árbitros. Se a entidade, escolhida pelas partes, se recusar a indicar o árbitro, as partes podem recorrer ao judiciário, a fim de evitar o perecimento do compromisso arbitral.

O local onde se desenvolverá a arbitragem é um elemento facultativo da cláusula compromissória, apenas o lugar em que o laudo será proferido é que é obrigatório. O local da arbitragem pode ser fixado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral. Os atos processuais da arbitragem podem ser desenvolvidos em diversos locais. Portanto, a sede arbitral não precisa ser fixada, obrigatoriamente, na cláusula compromissória.

A autorização para que os árbitros julguem por equidade é facultativa, todavia, os árbitros não podem deixar de observar as normas jurídicas de ordem pública, mas não os proíbem de aplicar o direito em sentido estrito, se este vier a coincidir com a equidade no caso concreto.

As partes devem convencionar o prazo para a apresentação do laudo, caso não o façam, o prazo legal é de seis meses.

Outra faculdade dada as partes é a indicação de leis corporativas aplicáveis à arbitragem, assim como a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas com a arbitragem. Caso não haja estipulação dos honorários do árbitro, este pode pedir que o Poder Judiciário o fixe. Os contratantes são solidariamente responsáveis pelo pagamento do árbitro, já que ambos o contrataram, e isto independe do resultado da arbitragem, a não ser que tenham estipulado o contrário na cláusula compromissória. Importante destacar que as regras processuais relativas aos honorários de sucumbência não são obrigatórios na arbitragem. Caso os honorários do árbitro tenham sido fixados na cláusula compromissória, isto será constituído como título executivo extrajudicial contra os contratantes.

A recusa do árbitro ou o seu impedimento, após ter sido indicado, não anularão o compromisso arbitral. As partes podem nomear outro árbitro ou caso não haja acordo, podem recorrer ao Poder Judiciário para que este nomeie o árbitro. O problema consiste se a arbitragem estiver baseada na confiança que as partes depositam no árbitro que nomearam, ou seja, a escolha do árbitro possui caráter personalíssimo, de forma que a sua substituição anularia a validade da solução arbitral.

Caso as partes optem por um Órgão Colegiado, o legislador definiu que o número de árbitros seja ímpar, bem como que as partes nomeiem árbitros em número par, de forma que se os julgadores não chegarem a um consenso, será convocado o Poder Judiciário a fazer a nomeação.

O árbitro deve ser sempre imparcial, independente, competente, diligente e ter discrição no exercício de sua atividade, característica principal da arbitragem. Como a função do árbitro é muito semelhante a de um juiz, o árbitro é equiparado a funcionário público para fins penais. Caso o árbitro não haja com imparcialidade, pode ser alegado seu impedimento ou sua suspeição, todavia, a decisão do árbitro quanto à exceção de incompetência ou suspeição não se sujeita ao controle do Poder Judiciário.

Quanto ao Procedimento Arbitral a regra é a de que as partes podem optar pelo procedimento que quiserem, entretanto, devem respeitar o princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Caso as partes não disponham sobre o procedimento ou as regras a serem seguidas, caberá ao árbitro fazer isso. Ainda, a vontade das partes quanto à especificação das regras encontra limitação na natureza arbitral, quanto na própria Lei.

O juízo arbitral é instituído assim que o árbitro aceite a sua nomeação, que não necessita de um procedimento formal. Caso o Órgão Arbitral seja composto por mais de um árbitro, assumirá a Presidência o que foi nomeado pela maioria, caso não haja consenso, assumirá o mais velho.

As medidas coercitivas decretadas, pelo árbitro, serão cumpridas com as ajuda do Poder Judiciário.

A sentença arbitral apresenta um relatório, em que as partes são qualificadas, sendo feito um resumo do objeto da arbitragem e de todos os fatos relevantes ocorridos. Em seguida, é apresentada a motivação, em que são esclarecidos os fundamentos da decisão e, por último, há o dispositivo em que os árbitros resolverão as questões que lhe foram submetidas. Contra a sentença arbitral na cabe nenhum recurso, todavia, desde que estabelecido pelas partes, esta pode ser submetida a reexame por outro órgão arbitral. Importante ressaltar que se trata de recurso interno e não dirigido à Justiça Estatal. Importante destacar que apesar dos litigantes terem possibilidade de recorrer, como parte do procedimento arbitral, o fato é que o recurso é um inconveniente, até porque a sua utilização não é comum em países em que a arbitragem é usual.

A atividade do árbitro poderá ser apenas para homologar o acordo entabulado entre as partes. O interesse das partes será o de obter um título que permita a execução forçada, vez que a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial. Ao ser proferida a sentença arbitral, a atividade do árbitro se finda.

A sentença arbitral pode conter contradição, omissão ou obscuridade. As partes terão cinco dias para interpor os "Embargos de Declaração" para corrigir estas lacunas. Em dez dias, os árbitros devem proferir a decisão e notificar as partes.

A decisão final dos árbitros tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial, constituindo a sentença arbitral em título executivo judicial. Tal situação é denominada de tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo fim à atividade homologatória do juiz, o que emperra a arbitragem.

O conceito de jurisdição receberá um novo enfoque para que se possa adequar a técnica à realidade. Muitos estudiosos ainda continuam discutindo a natureza jurídica da arbitragem. O

que não se nega é que a arbitragem, embora tenha sua origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com uma decisão similar a sentença judicial.

Não cabe ação rescisória contra sentença arbitral. Apesar disso, a sentença arbitral não foge do controle do Poder Judiciário, pois apesar de não ser mais obrigatório que o laudo arbitral seja homologado pelo Poder Judiciário, a parte interessada pode requerer ao juiz que anule a decisão arbitral.

A parte interessada deverá requerer tal providência ao Poder Judiciário em até noventa dias após o recebimento da notificação da decisão final pelo árbitro. Este é um prazo decadencial. Caso o pedido seja julgado procedente, a sentença arbitral é anulada.

Para que uma sentença arbitral estrangeira possa produzir seus efeitos no Brasil, ela deverá ser primeiramente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, passando assim a ter o mesmo tratamento de uma decisão judicial proferida no estrangeiro.

Atualmente, é consenso entre as pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, que para se resolver litígios, um processo judicial pode se tornar bastante complicado, por inúmeras razões, como a sua lentidão em razão de inúmeros recursos cabíveis, excesso de ações judiciais, falta de estrutura do Poder Judiciário, alto custo, falta de preparo e conhecimento específico dos assuntos pelos juízes, e outras atividades processuais.

Com a internacionalização da economia e a globalização de mercados, a segurança e a rapidez na resolução de possíveis conflitos tornam-se cada vez mais necessárias a empresas e pessoas físicas envolvidas em qualquer situação de conflito.

A Arbitragem, aprovada pela Lei 9.307/1996 desponta como um método promissor de solução destes conflitos, sendo um meio alternativo e independente do Poder Judiciário, em que as partes buscam uma solução rápida e definitiva para a resolução da divergência.

A Lei da Arbitragem concedeu à sentença arbitral uma eficácia própria, não se fazendo mais necessária a sua homologação por Juiz de Direito. Uma de suas maiores inovações é a equivalência da sentença do árbitro à proferida pelo Judiciário.

A Arbitragem se solidifica quando a internacionalização da economia e a globalização do mercado demonstram a necessidade de se obter maior eficiência e redução dos custos das empresas, além da segurança e da certeza nas relações comerciais, que suscitam a identificação de solução rápida e pacífica de conflitos.

A Arbitragem é constitucional. A norma foi consolidada em 12 de dezembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua constitucionalidade em um processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, declarando a constitucionalidade de toda a Lei 9.307/96 (Agravo Regimental na sentença estrangeira nº 5.206). O Supremo Tribunal Federal entendeu que o acesso à justiça é uma garantia do cidadão e não uma imposição, e que ninguém é obrigado a entrar em juízo contra ninguém.

Diante disso, a sentença arbitral tem validade jurídica. A sentença arbitral produz entre as partes

e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A solução de litígios pela via arbitral tem uma série de vantagens, que podem ser assim expostas:

- rapidez;

- eficácia da decisão;

- efetividade dos resultados;

- informalidade;

- garantia de privacidade e sigilo;

- transformação e melhoria das relações, e

- possibilidade de aplicação nos contratos civis e comerciais.

Existem dois tipos de Arbitragem: a Institucional e a Avulsa ou "ad hoc". A institucional é aquela em que as partes escolhem um organismo institucional que estabelecerá as regras que servirão de base ao julgamento do litígio. A avulsa é a que se caracteriza pela falta de referência de instituições ou regulamentos institucionais, havendo delegação das partes ao próprio árbitro sobre a disciplina do procedimento.

A Cláusula Compromissória de Arbitragem é aquela que é inserida em contrato ou documento autônomo, em virtude da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam advir do contrato. Essa convenção das partes neutraliza temporariamente a via judicial, que somente será acionada se houver necessidade de execução forçada. Uma das características da cláusula compromissória é a sua autonomia em relação ao contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade deste não implica na nulidade da cláusula compromissória.

É, na verdade, um compromisso de realização futura da arbitragem, antes mesmo de nascer o litígio, cláusula esta que se iniciará com a assinatura do compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é o ato que dá início à arbitragem. Ele cria vínculo formal entre as partes, vincula o árbitro entre si e as partes, é ato estabilizador da demanda arbitral, é ato de convalidação da cláusula compromissória e atribui competência ao árbitro para julgar o litígio.

A arbitragem pode ser utilizada nos contratos de seguro, nos contratos de adesão, mas com restrição. O contrato de seguro é um contrato de adesão em que ao contratante não é concedida a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais. Assim, a cláusula compromissória de arbitragem só terá eficácia se o segurado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição, fazendo-o por escrito, em documento anexo ou em negrito no próprio corpo do contrato (apólice), com assinatura específica para esta cláusula.

Quando as partes optaram pela cláusula compromissória no contrato ou na apólice, as partes não podem se valer mais da via judicial, a menos que ambas concordem com a exclusão do contrato da cláusula compromissória, ou se uma delas recorrer ao Judiciário e a outra não se opuser a exceção de convenção de arbitragem.

Caso não exista, no contrato, a cláusula compromissória de arbitragem, as partes podem elegê-la a qualquer momento.

Qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, pode ser árbitro. As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear também os respectivos suplentes. Os árbitros devem ter a qualificação e a experiência mais recomendáveis para o julgamento do litígio, porque serão escolhidos especificamente para resolvê-lo.

A decisão arbitral proferida no Brasil é válida nos países estrangeiros. O Decreto n 4.311 de 2001 promulgou a Convenção de Nova York, assinada pelo Brasil, que é o principal acordo mundial sobre arbitragem, vez que ele trata do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras. A promulgação do decreto concede garantia de que os laudos arbitrais com partes brasileiras serão executados sem transtorno jurídico, tanto no Brasil, quanto em território estrangeiro e vice-versa.

A sentença arbitral, equiparada à sentença estatal, constitui título executivo judicial nos termos do Código de Processo Civil, e não é passível de nenhum recurso, salvo os embargos declaratórios, embora a Lei de Arbitragem não tenha atribuído a estes tal nomenclatura, em nada se distanciam do recurso previsto nos artigos 535 e seguintes do diploma processual civil.

Cumpre salientar que a sentença arbitral poderá ser impugnada, por meio de ação anulatória se ocorrida alguma das hipóteses elencadas taxativamente pelo artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Nos casos de sentença condenatória, é lícito, ainda, à parte a apresentação da impugnação a que alude o artigo 475-L do Código de Processo Civil, no entanto, estará limitada as hipóteses previstas no aludido artigo.

Tendo a Lei de Arbitragem estipulado um meio específico de impugnação da sentença arbitral (ação anulatória) não é possível a propositura da ação rescisória, mormente se considerar-se que o magistrado não poderá proferir nova sentença, mas apenas anular o laudo arbitral, ou devolver para que o árbitro prolate nova decisão.

Uma barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão, em que o objetivo era evitar a sua banalização por meio da inclusão da cláusula, em condições gerais de negócios, em que o contratante adere em conjunto com outros. O contrato de seguro entra nesta definição, daí a enorme dificuldade da aplicação da arbitragem nesta espécie de contrato.

As sentenças arbitrais têm a mesma validade e eficácia das sentenças judiciais, não estão obrigadas a recursos para o Poder Judiciário, nem dependem de homologação por tal Órgão, desde que proferidas com rigorosa atenção aos aspectos formais que prescrevem.

Corriqueira nos grandes negócios, a cláusula de arbitragem começa a aparecer também em relações que envolvem pequenas, médias e até microempresas que, frequentemente, são franqueadas em litígio com os franqueadores.

Para que as empresas escolham a arbitragem como solução dos litígios devem saber escolher desde o momento da elaboração do contrato,

quais as câmaras arbitrais possuem o custo mais moderado, já que as taxas variam conforme a instituição.

"As câmaras têm perfis diferentes, com diferentes regulamentos e tabelas de custos", diz Ana Cláudia Pastore, Superintendente do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp), que mantém convênio com a Associação Comercial de São Paulo (ACSP) e com a Associação Brasileira de Franchising (ABF), em entrevista ao Brasil Econômico, caderno Brasil, página 12 de 02.01.13.

O custo da solução de litígios por Câmaras Arbitrais é alto atualmente e os honorários e condições variam conforme a Câmara e o valor do assunto em litígio.

Abaixo, os valores cobrados por três Câmaras Arbitrais em São Paulo:

CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – Para demandas até R$10.000,00, o valor mínimos é de R$3.000,00, mais R$1.000,00 por audiência adicional. Até R$50.000,00, valem as mesmas cifras, mais 6% do valor da causa. Até R$100.000,00, a taxa fica em torno de R$3.000,00, mais 5,5% e 2% por audiência adicional. Até R$500.000,00, cobram-se R$5.500,00, mais 5% e 1% por audiência adicional. Até R$1.000.000,00, a taxa vai de R$25.000,00, mais 4,5%, e, acima disso, o custo é de R$45.000,00, mais 4%. As audiências extras ficam em 1%, limitado a R$30.000,00.

Os honorários dos árbitros são de R$500,00, por hora, para o Presidente do Tribunal e R$400,00 para os demais árbitros. É preciso fazer o pagamento adiantado de ao menos 10 horas nas ações até R$ 500.000,00 e 50 horas nas que superam a cifra.

As despesas são de R$100,00, a hora, para atuação fora do domicílio, sem pernoite até 8 horas de deslocamento e R$800,00 por pernoite. As passagens são pagas à parte.

CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – Há uma taxa de registro quando solicitada a instauração do procedimento arbitral, de R$4.000,00. Taxa de administração: em disputas até R$18.000.000,00, de R$2.000,00 a R$2.500,00 por mês, limitado a 24 meses. Em disputas até R$54.000.000,00, R$60.000,00, mais 0,08% do valor que supera R$18.000.000,00. Em disputas até R$90.000.000,00, R$88.800,00, mais 0,07% do que supera R$54.000.000,00. Disputas até R$144.000.000,00, R$114.000,00, mais 0,04% do que supera R$90.000.000,00. Disputas até R$180.000.000,00, R$135.600,00. mais 0,1% do que supera R$144.000.000,00. Disputas até R$900.000.000,00, R$139.200,00, mais 0,002% do que supera R$180.000.000,00.

Os honorários dos árbitros são de R$450,00, a hora, em causas até R$900.000,00, R$500,00 em causas até R$1.800.000,00, R$550,00 em causas até R$3.600.000,00, R$600,00 em causas até R$7.500.000,00, que devem ser pagos até 30 dias após a apresentação do requerimento. Cada árbitro terá direito a 100 horas mínimas.

Aqui há um fundo de despesas que funciona como uma provisão para documentos, cópias, impressões, fornecedores para apoio em audiências, e outras despesas. Os honorários periciais devem ser depositados antes do início dos trabalhos dos peritos. A constituição do comitê especial implica pagamento de R$2.000,00.

CIESP/FIESP – Centro das Indústrias de São Paulo/Federação das Indústrias de São Paulo – é cobrada a taxa de registro, quando solicitada a instauração do procedimento arbitral. O valor é de 0,5% do valor envolvido no conflito, sendo de R$2.000,00 o mínimo e R$5.000,00 o máximo. A taxa de administração é paga, por ambas as partes, e é de 2% do valor em conflito, sendo R$10.000,00 o mínimo e R$120.000,00 o máximo.

Os honorários dos árbitros são de R$450,00, por hora, para demandas abaixo de R$10.000 e são exigidas 30 horas. Para demandas até R$499.999,99 são 50 horas. Para demandas até R$999.999,99 são exigidas 80 horas. Demandas a partir de R$1.000.000,00 são exigidas 100 horas.

Quanto às despesas as partes podem ter de depositar, antecipadamente, valores relativos a gastos de viagem, reuniões fora do horário de funcionamento da Câmara, despesas de peritos, serviços de intérpretes e outros.

Atualmente, as franquias são as que lideram os casos na utilização da arbitragem. As demandas principais são sobre trocas de bandeira, rescisões contratuais e pequenos ajustes. Segundo o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP), a disputa entre franqueados e franqueadores já responde por 50% do movimento, o que totaliza cerca de 50 procedimentos arbitrais por ano.

Dentre os principais problemas levados para a arbitragem estão as trocas de bandeira e as questões contratuais como o pagamento de royalties ou de fundos de reserva. Os setores públicos e de infraestrutura são as apostas de maior crescimento na arbitragem nos próximos anos, segundo matéria do DCI, de 06.08.12.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo; LEE, João Bosco; STRAUCH, Osvaldo Contreras. **Arbitragem e Seguro – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

DURVAL, Vianna. **Lei de arbitragem 9.307/96**. São Paulo: Esplanada, 1998.

FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização. **Arbitragem – solucionar os litígios ficou mais fácil.** Rio de Janeiro: FENASEG, 2011.

Jornal Brasil Econômico. Caderno Brasil. p. 12. São Paulo, 02 jan. 2013.

MELLO, Sergio Ruy Barroso. **Arbitragem no Seguro e Resseguro.** Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Tomo XV, Forense, 1977.

PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitragem Nacional e internacional – os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Representante de *Seguros*: *Conceito* e **Aspectos Legais**

Sumário

Introdução. 1. Resolução CNSP 297/2013 e o Representante de Seguros. 2. Representante Comercial x Agente. 3. Representante de Seguros x Corretor de Seguros. 4. Representante x Estipulante. 5. Representação e Venda Direta. - Conclusão - Rerefências Bibliográficas

Palavras- chave

Representante comercial. Corretor de seguros. Agente. Estipulante.

Raphael de Oliveira Pister

Advogado. Graduado pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Introdução

Com o advento da Resolução CNSP 297/2013 ("Resolução 297"), a figura do representante de seguros passou a ser objeto de diversos debates e discussões no mercado de seguros brasileiro. Dentre os diversos pontos, está eventual confusão entre as figuras do representante, corretor de seguros, agente e estipulante. Desde já, é importante esclarecer que tais figuras em nada se confundem, exceto semelhanças pontuais entre agente e representante.

O objetivo deste trabalho não é esgotar as diferenças e semelhanças entre as figuras acima, mas demonstrar que o escopo de atuação é diferente. Assim, a proposta é fazer uma breve análise de cada uma, na tentativa de esclarecer suas peculiaridades e escopo de atuação.

1. Resolução CNSP 297/2013 e o Representante de Seguros

Primeiramente, é importante lembrar que o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) não criou nenhuma novidade ao editar a Resolução 297. O "representante de seguros" nada mais é que o representante comercial, já regulamentado pela Lei 4.886/65 (ou "Lei do Representante Comercial"). Dessa forma, as seguradoras sempre puderam utilizar representantes comerciais em suas atividades.

Com a Resolução 297, o CNSP nada mais fez do que regulamentar a atuação representante comercial no âmbito do mercado segurador. Basta analisarmos a definição de "representante" nos dois dispositivos para chegamos a esta conclusão. Vejamos a Lei do Representante Comercial, em seu art. 1º, que assim o define:

> Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Resolução 297 faz a seguinte definição, no §1º do seu art. 1º:

> §1o Considera-se representante de seguros, para efeito desta Resolução, a pessoa jurídica que assumir a obrigação de promover, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a realização de contratos de seguro à conta e em nome da sociedade seguradora. (grifo nosso)

Portanto, depreende-se que a Resolução tomou emprestados os limites da definição legal, para então

regulamentar sua atuação no mercado segurador. As restrições impostas serão analisadas mais adiante.

2. Representante Comercial x Agente

Ainda no campo das definições, algumas dúvidas surgiram quando da entrada em vigor do Código Civil vigente, eis que tal diploma dispõe sobre o agente, ou contrato de agenciamento. Esta sim é uma figura que pode se confundir com o representante, senão vejamos o art. 710 do Código Civil:

> Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.(grifo nosso)

Aqui é salutar fazer dois comentários: o primeiro relaciona-se com o convívio entre o conceito de representante (Lei 4.886/65) e de agente (art. 710 do Código Civil); o segundo sobre a definição utilizada pela Resolução 297.

Quando o Código Civil foi elaborado, uma das suas intenções era unificar o direito privado brasileiro, ou seja, aproximar no mesmo diploma o direito civil e o direito comercial. Assim, muito se debateu sobre eventual revogação tácita da Lei de Representante Comercial pelo Código Civil, uma vez que a figura do agente abrangeria o representante.

Embora de fato ambas as definições sejam muito parecidas, não nos parece ser esta a consequência lógica, já que o representante tem escopo de atuação restrita a "negócios mercantis", enquanto o agente pode fazer "certos negócios". Ademais, o representante não pode ter relação de emprego com o representado, ao agente não é permitido ter qualquer tipo de dependência. Dito isso, nosso entendimento é de que o agente foi definido como uma figura mais genérica, enquanto o representante parece ser uma espécie de agente, que atua exclusivamente em negócios mercantis.

Aliás, esse também é o entendimento defendido por Rubens Requião:

> O contrato de agência, portanto, poderá envolver a intermediação de qualquer espécie de negócios, desde que estes não sejam o 'objeto' mediato de ato de intermediação regulamentado por outra lei especializada. Resolvem-se, neste aspecto, as dúvidas que ocorreriam em face daquela restrição posta pela Lei n. 4.886/65, que provocavam a exclusão de um sem-número de atividades legítimas do sistema do contrato de representação

comercial. É que não eram, no regime dos atos de comércio que antes orientava a legislação comercial brasileira, consideradas atividades comerciais. A partir da vigência do Código Civil elas serão absorvidas pelo contrato de agência, desde que sua intermediação não seja regulada por lei especial, **ficando reservada ao contrato de representação comercial a intermediação de negócios mercantis**[1]. (grifo nosso)

> § 1o Considera-se representante de seguros, para efeito desta Resolução, a pessoa jurídica (representante ou agente) que assumir a obrigação de promover, em caráter não eventual (representante ou agente) e sem vínculos de dependência (agente), a realização de contratos de seguro (negócio mercantil – representante) à conta e em nome da sociedade seguradora. (grifo e citações nossos)

Assim, quando o negócio a ser intermediado possuir natureza mercantil, entendemos que devem ser observados os limites e restrições da Lei de Representante Comercial. Caso contrário, basta ao intermediário (agente) obedecer aquelas diretrizes genéricas do Código Civil, elencadas nos art. 710 e seguintes. Dessa forma, concluímos que representante e agente convivem pacificamente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sem confusões sobre revogações e aplicações legais.

Em relação à definição utilizada pela Resolução 297, percebe-se que CNSP buscou um híbrido entre agente e representante, o que não a torna ilegal, mas confunde quanto ao enquadramento legal do "representante de seguros", apesar do vocábulo "representante". Vejamos novamente a definição de representante de seguros, desta vez à luz das definições legais de agente e representante:

Eventual dúvida residiria no enquadramento legal do representante de seguros. Entretanto, ainda que conste na Resolução 297 restrição ao vínculo de dependência, ou seja, a mesma contida na definição de agente, tal restrição abrange a relação de emprego vedada pela Lei de Representante Comercial. Dessa forma, a simples menção a "sem vínculos de dependência" não o torna um agente, pois a dependência pode não ser necessariamente de natureza empregatícia.

Por outro lado, "a realização de contratos de seguro" é típica atividade mercantil, cujo exercício é específico do representante comercial. Como vimos, para negócios mercantis deve-se obedecer a Lei de Representante Comercial, portanto conclui-se que o representante de seguros se enquadra na Lei 4.886/65 e a ela está submetido.

Mais uma vez, ressaltamos que as seguradoras sempre puderam utilizar representantes comerciais nas suas atividades, mesmo antes da Resolução 297,

1 REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma (O contrato de agência e distribuição no Código Civil de 2002). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

com respaldo da Lei 4.886/65. O CNSP, repita-se, apenas limitou-se a regulamentar essa utilização.

Pelo exposto, percebe-se que o representante de seguros nada mais é do que uma extensão da seguradora, atuando à conta e em nome desta, visando a promoção de seus seguros em determinada região, dentro de certos limites a serem previstos no contrato de representação.

3. Representante de Seguros x Corretor de Seguros

O corretor de seguros, por sua vez, em nada se assemelha ao representante. Como visto, o representante atua em nome da seguradora, representando-a para todos os fins de direito, respeitadas as limitações contratuais. Já o corretor é o profissional com capacidade técnica e a devida habilitação para intermediar a contratação de seguros, conforme art. 1º da Lei 4.594/64 (ou "Lei do Corretor"), que regulou a profissão:

> Art . 1º O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. (grifo nosso)

O art. 722 do Código Civil afasta qualquer tentativa de comparação entre representante e corretor, in verbis:

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

Portanto, é o corretor mero intermediário, sem qualquer vínculo com as partes, seja empregatício, contratual ou societário, que aproxima as partes interessadas, angariando assim a realização de negócios em troca de uma comissão.

Enquanto a Lei 4.594/64 define o corretor como um simples intermediário, dotado de independência e autonomia em relação à seguradora, o Código Civil veda inclusive a relação contratual de prestação de serviços, que por sua vez é obrigatória ao representante de seguros. Como se não bastasse, o Decreto-Lei 73/66 também contempla a necessidade de independência do corretor em relação à seguradora, conforme art. 125:

> Art 125. É vedado aos corretores e seus prepostos:
>
> a) aceitar ou exercer emprêgo de pessoa jurídica de Direito Público;

b) manter relação de emprêgo ou de direção com Sociedade Seguradora.

Parágrafo único. Os impedimentos dêste artigo aplicam-se também aos Sócios e Diretores de Emprêsas de corretagem. (grifo nosso)

No mesmo sentido é o art. 21 da Circular Susep 510/15, vejamos:

> Art. 21. É vedado ao corretor de seguros:
> (...)
>
> II - serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros, de capitalização ou de entidade aberta de previdência complementar.

Com fundamento nos dispositivos acima citados, nos parece claro que o corretor atua de forma autônoma e independente em relação às seguradoras.

Some-se a isso a questão da não eventualidade. Enquanto o representante atua de forma não eventual, ou seja, sempre, o corretor medeia um ou mais negócios, conforme art. 722 do Código Civil. Tem-se então mais um fator de diferenciação.

Por outro lado, atualmente ainda se ouve muito que o corretor é o "representante" do segurado para todos os fins de direito. Parece-nos inadequada esta afirmação, já que não há qualquer base legal para tanto. No Brasil, há o costume de o corretor assinar as propostas de seguro "em nome do" segurado. Porém, não o faz em função de mandato legal, mas da aceitação do mercado de um costume da intermediação que permite presumir a existência de um mandato tácito, mas perfeitamente recepcionável como mero ato de comprovação da intermediação[2].

Inclusive, é recomendável que os proponentes mantenham contrato de corretagem com seus corretores, para que não haja riscos destes atuarem extrapolando os limites e orientações providas por aqueles. Caso contrário, seria difícil responsabilizar o corretor que atua além dos limites que lhe foram impostos.

De qualquer forma, temos total convicção de que, repita-se, o corretor de seguros em nada se confunde com o representante de seguros. Imaginando um cenário prático, o corretor de seguros pode entrar em contato com o representante da seguradora para angariação de um negócio para o proponente (futuro segurado). Neste cenário hipotético, o representante atuaria em nome da seguradora, representando suas vontades, enquanto o corretor intermediaria a negociação, analisando se as condições são as melhores possíveis para o proponente, ambos, portanto, atuando em polos distintos. Corrobora com esta afirmação o fato da venda feita pelo representante, sem a intermediação de corretor, ser considerada venda direta de seguros, à luz do art. 1º, §6º, da Resolução 297:

> §6o A contratação de seguro feita

2 TZIRULNIK, Ernesto e PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação. IBDS.
Website: http://www.ibds.com.br/artigos/ComercializacaodeSegurosContratacaoDiretaeIntermediacao.pdf

pelo proponente junto ao representante de seguros, sem a participação de corretor de seguros ou de seu preposto, caracteriza-se, também, como venda direta da sociedade seguradora, observando-se o disposto no Art.19 da Lei no 4.594, de 29 de dezembro de 1964. (grifo nosso)

Portanto, os atos do representante vinculam e criam obrigações para a seguradora, sendo ilegal qualquer disposição em contrário no contrato entre ambos. Os aspectos da venda direta serão analisados posteriormente, em capítulo específico.

4. Representante x Estipulante

Assim como o representante não se confunde com o corretor, também em nada se aproxima do estipulante. Embora a figura do estipulante seja muito comum no mercado de seguros, é importante anotar que tal figura não é exclusiva de operações securitárias, e encontra previsão no Código Civil, em seus art. 436 a 438. Portanto, a estipulação em favor de terceiro é perfeitamente viável em qualquer relação contratual, guardadas as particularidades de cada indústria.

No âmbito de seguros, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autarquia federal responsável pela regulação do mercado de seguros brasileiro, no glossário disponível no seu website possui a seguinte definição:

> "Pessoa física ou jurídica que propõe a contratação de plano coletivo, ficando investida de poderes de representação do segurado, nos termos da legislação e regulamentação em vigor, sendo identificada como estipulante-instituidor quando participar, total ou parcialmente, do custeio e como estipulante-averbador quando não participar do custeio."

O escopo do presente trabalho é a análise do estipulante em comparação ao representante, de forma a demonstrar suas diferenças e distinguir ambas as figuras. Todavia, permitimo-nos fazer uma crítica à definição acima, em relação à limitação "de plano coletivo". Ora, como visto, a estipulação em favor de terceiro é uma forma de contratação geral prevista no Código Civil e, portanto, aplicável a diversas modalidades de contrato, não apenas coletivos. Então a estipulação em favor de terceiro em seguros individuais seria totalmente viável do ponto de vista legal e regulatório, já que, apesar da definição acima, não há vedação para tanto.

Ainda nos atendo à definição acima, o ponto importante é a "representação dos segurados". Como analisado até aqui, o representante de seguros representa a vontade da seguradora, enquanto o corretor intermedeia a negociação visando encontrar a melhor condição para o proponente. Não se pode confundir essa finalidade do corretor com representação legal.

O estipulante, por sua vez, este sim é o representante legal do segurado ou da massa segurada, por força do art. 436 do Código Civil. Vejamos:

> Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Assim, é o estipulante aquele que negocia com seguradora (com ou sem a intermediação de corretor) em nome do segurado, as condições, limites, preço e coberturas do seguro proposto, além de se responsabilizar pelo pagamento do prêmio diretamente à seguradora. Dessa forma, em nada se confunde com o representante ou corretor. Aliás, a própria Resolução 297 veda ao representante a atuação como corretor ou estipulante, conforme art. 1º, §7º, o que a nosso ver nem seria necessário, pois a natureza dessas figuras está definida em lei e não se confundem entre si. Vejamos o citado dispositivo:

> § 7o É <u>vedado</u> ao representante de seguros o exercício da atividade de corretagem de seguros ou a atuação como estipulante ou subestipulante; (grifo nosso)

Novamente, em um cenário prático hipotético, podemos ter um representante de seguros (seguradora) negociando com o estipulante (segurado), sob a intermediação de um corretor de seguros (intermediário). Percebe-se, portanto, que todas essas figuras podem atuar e conviver de forma pacífica no mercado de seguros. Mais uma vez, não há razão para confusão.

5. Representação e Venda Direta

Muito do que se debateu no mercado de seguros quando da entrada em vigor da Resolução 297 orbita em torno da confusão entre corretores e representantes, que, como visto no decorrer deste trabalho, em nada se confundem. Referidos debates residiam na possibilidade do representante contactar os clientes diretamente, sem a intermediação do corretor de seguros.

Primeiramente, é fundamental esclarecer que nada mudou em relação à venda direta, ou seja, aquela feita diretamente pela seguradora, sem intermédio de corretor. A venda direta sempre foi permitida, não sendo obrigatória a presença do corretor nas negociações. Isso é o que dispõe a própria Lei 4.594/64, em seu art. 18, alínea "b":

> Art . 18. As sociedades de seguros, por suas matrizes, filiais, sucursais, agências ou representantes, só poderão receber proposta de contrato de seguros:
> (...)
> b) <u>diretamente dos proponentes</u> ou seus legítimos representantes. (grifo nosso)

Outros dispositivos legais também preveem o envio de propostas de seguro por terceiros, valendo citar o art. 2º do Decreto 60.459/67 ("*A contratação de qualquer seguro só poderá ser feita mediante proposta assinada pelo interessado, seu representante legal ou por corretor registrado, exceto quando o seguro for contratado por emissão de bilhete de seguro*") e o art. 84 do Decreto-Lei 2.063/40 ("*A aquisição de qualquer seguro não poderá ser feita sinão mediante proposta assinada pelo interessado ou seu representante legal, ou por corretor devidamente habilitado.*" - sic).

Portanto, nos parece inócua a discussão sobre a possibilidade de venda direta de seguros, sem intermediação de corretores, após o advento da Resolução 297. Assim como a figura do representante sempre pôde ser usada pelas seguradoras, eis que regulamentada pela Lei 4.886/65, a venda direta também sempre foi permitida, pois inexiste no ordenamento jurídico brasileiro ou em normas infra legais qualquer obrigação da presença de corretor. Pelo contrário, como vimos nos dispositivos acima, é perfeitamente válida e legal a contratação de seguros diretamente com a seguradora.

Conclusão

Em que pese a robusta e infindável fonte de normativos e dispositivos legais sobre o tema, temos nítido que às seguradoras sempre lhes foi permitida a utilização de representante comercial, agora chamado de "representante de seguros" no âmbito do mercado securitário, para angariação e promoção de negócios. Com a Resolução 297, o CNSP procurou somente regulamentar essa atuação e delimitar seu escopo de trabalho.

O representante, sendo uma extensão da seguradora, assemelhando-se ao departamento comercial da seguradora na promoção dos seguros, atua à conta e em nome desta e, portanto, não guarda qualquer semelhança com o corretor de seguros. O corretor é o intermediário que busca aproximar as partes contratantes para realização do negócio, em troca de uma comissão, sendo portanto imparcial, autônomo e independente em relação a ambas as partes.

Neste mesmo sentido, o representante também não pode ser confundido com o estipulante, que por sua vez contrata o seguro em favor de terceiro (segurado), ou seja, representa a vontade do segurado.

O CNSP tomou certos cuidados ao editar a Resolução 297, por um lado evitando a atuação dos representantes de forma incorreta, por outro impedindo as seguradoras de desvirtuarem a finalidade da representação. Cautela parecida foi adotada quando destinou um normativo específico – Circular Susep 480/2013 – para a venda de seguros através de organizações varejistas, estas atuando como representante de seguros, tendo em vista as peculiaridades e dinâmica do comércio de varejo.

Não se tem aqui qualquer pretensão de tomar uma verdade absoluta ou ignorar entendimentos e interpretações divergentes, mas preocupações e inseguranças com a venda direta de seguros pós-Resolução 297 parece não ter sentido algum do ponto de vista legal e regulatório. Conforme amplamente demonstrado neste trabalho, o representante de seguros sempre contou com respaldo legal, assim como a venda direta de seguros sempre foi – e ainda é – permitida. No campo jurídico, a Resolução 297 nada alterou ou inovou em matéria de venda de seguros, salvo as limitações dos ramos a serem comercializados.

Referências Bibliográficas

• TZIRULNIK, Ernesto e PIZA, Paulo Luiz de Toledo. **Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação**. IBDS. Website:

http://www.ibds.com.br/artigos/ComercializacaodeSegurosContratacaoDiretaeIntermediacao.pdf

• REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma (O contrato de agência e distribuição no Código Civil de 2002)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

• Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica / Wanderley Fernandes, coordenador – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Série GVlaw)

Aspectos jurídicos do **Programa** de *Gerenciamento* de Riscos nos *Seguros* de *Transporte*

Sumário

Introdução – 1. O contexto do roubo de cargas no Brasil e a Importância do Gerenciamento de Riscos à Sociedade – 2. Algumas cautelas a serem tomadas na previsão de PGR nas apólices de seguro; 3. Os efeitos do descumprimento do PGR: a possibilidade de negativa de cobertura pelas seguradoras e a visão da jurisprudência – 3.1. A negativa como dever da seguradora: o mútuo e a função social do contrato – 3.2. Os requisitos para a negativa da seguradora: necessidade de nexo causal entre o descumprimento do PGR e a ocorrência do sinistro? – Conclusão - Referências Bibliográficas

Palavras- chave

Palavras-chave: seguro; transporte; transporte rodoviário; programa de gerenciamento de riscos; ação regressiva

Renato Silviano Tchakerian

Advogado. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cursou MBA em Direito do Seguro e Resseguro. Sócio do escritório Silviano & Bonfim Advogados, que presta serviços a seguradoras na área de ressarcimento.

INTRODUÇÃO

Objeto de recente Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional, o roubo de cargas constitui uma das mais graves patologias do conjunto logístico do país, agravando o custo Brasil decorrente das dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem as atividades negociais e dificultam os investimentos internos e externos em território brasileiro.

Se a recente e exponencial revolução tecnológica tem servido para acelerar e baratear a comunicação e a troca de informações, não teve ela o condão de afastar o desafio logístico consistente na necessidade de transferência física dos itens produzidos e comercializados pelo mundo. O transporte físico é uma dificuldade necessária – e o continuará sendo por tempo inestimável.

Nesse contexto, cresce ainda mais a importância, especialmente no modal de transporte rodoviário, da devida aplicação de um Programa de Gerenciamento de Riscos, a fim de promover a amenização dos diversos riscos a que o transportador, o veículo e a carga transportada estão sujeitos durante o percurso e mesmo quando do depósito das mercadorias.

De irrefutável importância a toda a sociedade, que sofre ano a ano com os astronômicos prejuízos verificados com a perda e o roubo de cargas – e que geram grave efeito negativo sobre a economia pátria – o Gerenciamento de Riscos é certamente um dos bons exemplos de fatores em que o interesse social acaba por convergir e coincidir com o interesse do próprio mercado de seguros. Se por um lado o Gerenciamento de Riscos é essencial à diminuição do custo de atividades importantes ao desenvolvimento e à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, sua propagação também é de interesse do mercado segurador, uma vez que permite a amenização dos riscos, o barateamento do prêmio e o próprio combate às fraudes que ainda constituem um dos grandes males da atividade securitária.

Não é à toa, aliás, que muitas seguradoras passaram a exigir nos seguros de transporte o cumprimento, pelo transportador, de determinadas regras estabelecidas em Programa de Gerenciamento de Risco elaborado pelos técnicos da própria seguradora ou por empresa especializada, de modo a amenizar os riscos envolvidos durante o trajeto.

A crescente exigência do PGR pelas seguradoras em face de seus segurados e especialmente a ocorrência de sinistros envolvendo o descumprimento do PGR por parte das transportadoras, todavia, vêm ocasionando controvérsias jurídicas cada vez mais presentes nos Tribunais e no cotidiano da regulação de sinistros, demandando um estudo mais aprofundado que, sem o intuito de esgotar o tema, analise a matéria com a devida prudência acadêmica e dê início às principais discussões que a envolvem. Trata-se o PGR de um item logístico que, uma vez presente nas apólices e nos debates entre seguradora e segurado, passou a se tornar mais uma importante figura jurídica e cuja utilização demanda urgente reflexão.

Fato é que, com a evolução da sociedade e o surgimento de novos instrumentos negociais e logísticos, exige-se do Direito a busca da resposta adequada para as novas controvérsias advindas dessas novidades contratuais, especialmente com base nas normas e princípios já existentes no ordenamento jurídico atual. Não se pode permitir, como se costuma dizer alhures, que a sociedade caminhe muito mais rápida que o Direito. Imprescindível trazer ao estudo,

nesse ponto, as palavras da CARLOS MAXIMILIANO:

> Não há como almejar que uma série de normas, por mais bem feitas que sejam, vislumbrem todos acontecimentos de uma sociedade. Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur (nem as leis nem os senatus-consultos podem ser escritos de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes).
>
> Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos.
>
> Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social."
>
> O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.[1]

1 – O CONTEXTO DO ROUBO DE CARGAS NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DO GERENCIAMENTO DE RISCOS À SOCIEDADE

Quando se fala em números astronômicos com relação ao roubo de cargas no Brasil, há fundamento: segundo os dados da Associação Nacional dos Transportadores de Carga & Logística[2], em 2012 houve o recorde de roubos de carga no país, com o registro de 14,4 mil ocorrências – 83,64% delas na região Sudeste com prejuízo de R$ 960 milhões. Fala-se, portanto, em algo em torno de um bilhão de reais por ano, prejuízo que é dividido entre os donos de carga, os transportadores e as seguradoras, mas reflete diretamente em toda a sociedade.

Em 2002, quando foi aprovado o relatório da CPI do roubo de cargas – com o indiciamento de 156 pessoas, dentre eles um deputado federal suspeito de participar de um esquema de receptação – concluiu-se que o preço do seguro para as cargas havia aumentado, em média, 40% nos últimos dois anos[3]. Um péssimo

1 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.12.

2 Disponível em http://www.portalntc.org.br/index.php?option=com_content&view=article &id=52304%3Anumero-de-roubo-de-cargas-bate-recorde-em--2012&catid=66%3Anoticia-editorial- outros&Itemid=66. Acessado em 17.01.2014, às 21h00min.

3 Estadão Online, disponível em http://www.estadao.com.br/arquivo/nacional/2002/not20021213p54446.htm. Acessado em 27.01.2014, às 21h10min.

negócio para o mercado e, obviamente, para toda a economia.

Reforça-se, portanto, a imprescindibilidade atual de que seja propagada, no âmbito do transporte rodoviário de cargas, a cultura do Gerenciamento de Riscos. Destaque-se que, se um bom PGR não consegue ter 100% de eficácia – especialmente diante da profundidade do abismo social do país e da habilidade dos infratores, que passam a se adaptar às tecnologias empregadas no gerenciamento – possui ele o condão de diminuir consideravelmente o número de ocorrências de roubo de cargas, em inegável benefício a todos os envolvidos na cadeia logística.

Isso é importante frisar desde o início: ao contrário do que já se alegou, a aplicação de um Programa de Gerenciamento de Riscos e sua exigência pela seguradora não consiste, nem de longe, em esvaziar o objeto do contrato de seguro, de modo a tornar nulo o risco envolvido. O PGR possui como objeto, essencialmente, a minimização dos riscos, e não seu esgotamento, o que seria impossível nestas circunstâncias - de modo que permanece intacto o legítimo interesse segurável. Para que não haja dúvidas, busquemos algumas conceituações técnicas sobre a figura em questão:

> O Gerenciamento de Risco é um conjunto de ações que visa a impedir ou minimizar as perdas que uma empresa poderia sofrer tendo suas cargas roubadas, sem falar na possibilidade de perda de vidas. Através de um programa de prevenção de perdas são estudadas medidas para administrar e/ou reduzir a frequência e abrandar a severidade dos danos causados[4].

E, sob a coordenação de PAULO HENRIQUE CREMONEZE, afirma LUCIMARA MATEUS SANTOS:

> Diante dos números alarmantes, as empresas que realizam os transportes tentam evitar a ocorrência de novos episódios, utilizando diversos métodos de proteção. (...) Pensando em como solucionar o problema e em oferecer às transportadoras todos os aparatos de segurança é que surgiram as empresas denominadas empresas de gerenciamento de riscos. (...) As transportadoras que contratam as empresas de gerenciamento de riscos conseguem reduzir consideravelmente o número de ocorrências, tendo em vista que os aparatos de segurança dificultam a ação dos criminosos.[5]

Resta evidente, portanto, que o objeto do Programa de Gerenciamento de Risco é a redução, o abrandamento, e jamais o esgotamento do risco. Mas tal fator, evidentemente, não dirime a enorme importância da realização do Gerenciamento de Riscos que, além de trazer um bem geral à sociedade, também torna menos custoso o preço do seguro. E, embora tal elemento seja de conhecimento geral daqueles que atuam no mercado, não aparenta sê-lo dos aplicadores do Direito, em especial de alguns magistrados que julgam as causas relacionadas ao tema, por vezes considerando a exigência contida na apólice no tocante ao Gerenciamento de Riscos como cláusula abusiva, ou como uma manobra da seguradora com o

4 BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro. Gerenciamento de riscos no transporte rodoviário de cargas. Disponível em http://www.brasiliano.com.br/blog/?p=194. Acessado em 27.02.2014, às 22h05min.

5 SANTOS, Lucimara Mateus. In: CREMONEZE, Paulo Henrique (coord.). Temas de Direito do Seguro e de Direito dos Transportes. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 416-417.

intuito de esvaziar o objeto do contrato de seguro em prejuízo ao segurado, como se verá mais adiante. E, justamente em virtude dessa falta de conhecimento específico sobre o funcionamento desse item no contrato de seguro, não é demais trazer à baila um trecho de notícia da mídia especializada sobre o tema, com a exemplificação concreta trazida de membros do próprio mercado segurador:

> Para diminuir o índice de sinistros pagos por causa de extravio de cargas transportadas, as seguradoras sugerem a seus clientes que façam um programa de Gerenciamento de Riscos.
>
> A Tokio Marine foi uma das seguradoras que conseguiu reduzir sua sinistralidade com o gerenciamento da Duty, uma empresa especializada neste tipo de serviço. Contratando o serviço, o segurado pode pagar até 40% menos de prêmio do que pagaria sem o gerenciador. Este é um serviço oferecido principalmente às empresas do ramo de transporte de cargas.
>
> O transporte de eletroeletrônicos, por exemplo, é um dos mais problemáticos, e o risco diminui bastante se a empresa contrata um Gerenciador de Risco para monitorar o transporte destes produtos, explica André Tsubamoto, coordenador de prevenção de perdas da Tokio Marine.
>
> Tsubamoto explica que o seguro fica muito mais barato quando a empresa já tem, ou contrata um Gerenciador de Riscos. (...)
>
> A Duty é uma destas parceiras sugeridas pela Tokio Marine. A empresa atingiu, em 2004, seu melhor índice de perda dos últimos anos, com somente 0,0025% do volume de cargas monitoradas perdidas.[6]

O Gerenciamento ameniza os riscos e influencia na precificação do seguro. No âmbito do contrato de seguro, tem-se o benefício a ambas as partes: à seguradora, que poderá oferecer um preço mais acessíveis a seus segurados; ao segurado, que pagará um preço menor; e, a ambos, com a diminuição do risco. É importante frisar, aqui, que a ocorrência do sinistro não interessa a ninguém. Ainda quando haja plena cobertura securitária em face dos danos causados, os transtornos causados à empresa dona da carga e à transportadora, bem como o dano que pode ocorrer à própria imagem destas pelo mero fato de ter ocorrido o sinistro, são itens de caráter intangível e que jamais disporão de cobertura securitária. Importante lembrar, nesse ínterim, que o Gerenciamento não visa apenas a coibir a ocorrência de roubo, como também dos mais diversos tipos de sinistro que podem envolver o transporte – como o tombamento, a colisão e outros.

A implementação e o devido cumprimento do PGR, portanto, sempre estará beneficiando todos os lados da cadeia produtiva. Os únicos prejudicados com o Gerenciamento de Riscos são os próprios infratores, que passam a ter sua ação dificultada em face de medidas como o rastreamento, a escolta e outras.

Deve-se reiterar, por ser questão de extrema importância, que toda essa cadeia de fatores inerentes ao Gerenciamento de Riscos deve ser conhecida e levada em conta pelos operadores do Direito de modo que se valorize, sempre, a realização do Gerenciamento. Não se trata de uma questão de mercado, de se

6 Disponível em http://www.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=34965 &friurl=:- Gerenciamento-de-risco-diminui-sinistralidade-e-o-custo--das-apolices-. Acessado em 26.01.2014, às 19h50min.

beneficiar um ou outro ramo de atuação. Trata-se de uma questão simplesmente vital à sociedade de constantes riscos em que vivemos. Muito mais do que fazer um bem à economia – e, logo, à qualidade de vida do cidadão – o Gerenciamento devidamente aplicado possui a inexorável capacidade de preservar vidas humanas. O Direito não pode ficar alheio à essencialidade desse importante instrumento, ainda pouco cultuado no Brasil e já evoluído em outros países. E não se trata aqui, obviamente, apenas do ramo de transportes. A contratação de seguro, quando exigido pela seguradora o cumprimento de um PGR adequado às circunstâncias do segurado, traz benefícios sociais em qualquer ramo que se atue. Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar as palavras de ERNESTO TZIRULNIK:

> O incêndio da boate Kiss em Santa Maria mobilizou a opinião pública. Uma desgraça completa. Irreparável. Mas, é possível tirar uma lição do massacre. As autoridades, que vivem o mundinho oficial mas seguem ao sabor da mídia, agora querem dar exemplo. Não tardará e todos relaxarão, salvo no "dia da memória".
>
> É hora de rapidamente transformar, então, o sofrimento de tantas famílias em energia para fazer o Brasil avançar. Não precisamos de praças, como a das vítimas do último grande acidente aéreo em Congonhas. Precisamos de ações sérias para a melhora da vida em sociedade, para prevenir os acidentes cujas condições potencializadoras denunciam tanta precariedade, que chamá-los de acidentes parece mais eufemismo barato do que boa semântica.
>
> Na minha restrita seara, que é a do direito do seguro, ocorreu chamar a atenção para o fato de que, se tivéssemos seguros obrigatórios de verdade (...) com coberturas indisputáveis, valores relevantes e regras de proteção, então aí poderíamos contar com um instrumento capaz de ajudar a reduzir os acidentes e, quando fossem merecidamente denominados "acidentes", amenizar as perdas.
>
> O governo nunca cuidou de zelar por políticas públicas nessa área. (...)
>
> Na versão original, o Projeto 3.555/2004 tem um "Título IV" dedicado aos "Seguros obrigatórios". (...) O Projeto prevê, no inciso III do artigo 138, a obrigatoriedade de contratação, "pelos administradores e empreendedores ou responsáveis a qualquer título por atividades, lucrativas ou não, que envolvam a concentração de público, dos seguros destinados à indenização das vítimas de danos relacionados com a existência e utilização dos bens empregados."
>
> Não há dúvida de que um seguro desse tipo, com cobertura e importâncias seguradas adequadas, somente seria aceito pelas seguradoras quando os contratantes pudessem deixar evidenciado que as medidas preventivas de sinistros foram tomadas, tanto para evitá-los, quanto para atenuar os efeitos daqueles que, por acidente, acontecessem.[7]

A devida contextualização do Gerenciamento de Riscos na sociedade brasileira não apenas demonstra a necessidade da valorização dessa cultura, como também acaba por revelar o contrato de seguro como um meio para a efetivação desse importante

7 TZIRULNIK, Ernesto. Chega de praças e homenagens às vítimas de acidentes. Publicado em 14.02.2013. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-fev-14/ernesto-tzirulnik-chega-pracas-homenagens-vitimas-acidentes. Acessado em 26.01.2014, às 20h30min.

instrumento de organização social. E é justamente tal essencialidade que não pode ser esquecida diante de situações de controvérsia jurídica que envolvam a possibilidade de a seguradora exigir a implementação do Gerenciamento de Riscos pela empresa segurada ou pelas transportadoras que serão por ela contratadas como condição para a cobertura securitária.

2 . ALGUMAS CAUTELAS A SEREM TOMADAS NA PREVISÃO DE PGR NAS APÓLICES DE SEGURO

Como já mencionado, tem se tornado comum que as seguradoras exijam, na contratação de seguros de transporte – seja na modalidade de transporte nacional (seguro do dono da carga), seja na modalidade RCF-DC (responsabilidade civil do transportador rodoviário sobre desaparecimento de carga), que o transporte da mercadoria seja efetuado sob o cumprimento de determinado Programa de Gerenciamento de Riscos.

As apólices que preveem o cumprimento de PGR têm feito constar dois tipos de consequência para o caso de ser verificado o descumprimento do Programa durante a regulação de sinistro: (i) como medida mais drástica, a perda do direito à indenização pelo segurado – a qual será tratada no capítulo seguinte; e, (ii) de forma mais amena, no caso de algumas apólices de seguro do dono da carga, a manutenção do direito à indenização do segurado, mas com a chamada "quebra" – que na verdade se traduz em perda de eficácia – da cláusula de Dispensa de Direito de Regresso da seguradora em face do transportador. Com a segunda opção, penaliza-se somente o transportador que descumprir as regras, e não o segurado. Todavia, como a contratação do transporte via de regra é efetuada por escolha do dono da carga, entende-se aqui que penalizar apenas o transportador pode retirar a eficácia da exigência contida na apólice, uma vez que, havendo cobertura de qualquer forma, o dono da carga tenderá a efetuar a contratação do transporte na forma menos custosa, ou seja, aquele desamparado por Gerenciamento de Riscos.

Quando a apólice prevê a perda do direito à indenização securitária por não ter sido cumprido o Gerenciamento de Riscos previsto na apólice, é essencial que se tenha um registro adequado da ciência inequívoca do segurado sobre as exigências contidas no Programa. De fato, têm-se verificado muitas discussões judiciais – com resultado nem sempre favorável às seguradoras – em casos em que foi negada a cobertura securitária em razão do descumprimento do PGR, mas não existia nos autos a devida prova de que o segurado estava ciente, no momento da contratação do seguro ou em acordo posterior, da exigência descumprida.

É importante ressaltar que, mesmo que o cálculo atuarial que precificou o prêmio de seguro tenha levado em consideração o cumprimento de determinado Programa de Gerenciamento de Riscos, trata-se de uma relação contratual e que exige a devida manifestação de vontade das partes. Assim, não poderá a seguradora penalizar o segurado, deixando de honrar com a contraprestação consistente no pagamento da indenização securitária, sem comprovar que houve por parte deste o descumprimento de uma exigência que realmente constava do pacto entabulado entre as partes.

Por mais óbvio que possa ser a necessidade de ciência das partes sobre as obrigações que lhes incumbirá durante a vigência contratual, há exemplos recentíssimos de casos em que, não obstante a

seguradora tenha afirmado pela existência de um Programa de Gerenciamento de Riscos, este não pôde ser comprovado nos autos. No caso a seguir transcrito, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o PGR exigiria a presença de escolta armada para o transporte de mercadoria acima de determinado valor, o que deu ensejo à negativa de cobertura:

> Seguro. Negativa de pagamento da cobertura securitária embasada em cláusula contratual que determina a necessidade de segurança patrimonial física. INEXISTÊNCIA de cláusula de gerenciamento de risco. INDENIZAÇÃO DEVIDA. As provas produzidas nos autos comprovam o atendimento, por parte da segurada, das condições determinadas no contrato. A negativa de pagamento do seguro pelo descumprimento de medidas de gerenciamento de risco é inconsistente, vez que inexiste qualquer cláusula nesse sentido. Imperioso o dever da requerida de pagar a indenização securitária, tal como obrigada contratualmente. Perda total do bem. Roubo. Dever da seguradora de pagar o valor descrito na apólice. SENTENÇA MANTIDA. (...). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.[8]

Em outro caso, verificou-se que a seguradora informou à empresa segurada, na vigência da apólice, a intensificação do Programa de Gerenciamento de Riscos, de modo que as novas regras deveriam ser cumpridas desde então. O sinistro foi negado com base no descumprimento de uma dessas novas regras. Todavia, a seguradora não conseguiu comprovar a aquiescência do segurado com relação ao novo PGR, de modo que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu ser injusta a negativa de cobertura:

> AÇÃO - CONTRATO DE SEGURO (...) SEGURO DE TRANSPORTE DE CARGA - FURTO DE CAMINHÃO E PILHAGEM DA MERCADORIA – (...) - IMPOSIÇÃO DE ÔNUS AO SEGURADO COM OS QUAIS NÃO AQUIESCEU - PREVALÊNCIA DO CONTRATO ORIGINARIAMENTE ASSINADO - NÃO DEMONSTRADO O DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS GERENCIADORAS DE RISCO ESTABELECIDAS NA APÓLICE INICIAL - DEVER DE INDENIZAR DA SEGURADORA INCONTESTE - APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Não obstante o contrato originariamente firmado entre as partes tenha previsto a superveniência da revisão de suas condições gerais, conforme a sinistralidade registrada a cada trimestre, tal previsão não outorga à seguradora livres poderes para, unilateralmente, impingir ao segurado novas condições que visivelmente lhe causam prejuízo, devendo ser considerado o pacto originariamente firmado, cujas estipulações foram cumpridas pela segurada, que faz jus a indenização pretendida. [9]

Mais um caso de alteração do PGR, este do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

> Ação de indenização por danos materiais e morais. Roubo de carga durante o transporte. Assalto a mão armada. Contratos de seguro de transporte de cargas obrigatório e facultativo celebrados entre a transportadora

8 TJ-SC, Apelação Cível 20120176021 SC 2012.017602-1 (Acórdão), Rel. Des. GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA, j. 11.09.2013, Segunda Câmara de Direito Cível.

9 TJ-PR, Apelação Cível 0234677-0, Rel. Des. ANNY MARY KUSS, j. 26.08.2003, Sexta Câmara Cível.

> e a seguradora. Seguro facultativo que incluía a cobertura por roubo. Caso fortuito descaracterizado diante da previsibilidade do evento objeto de contratação de seguro por parte da própria transportadora. Apelo da transportadora desprovido. Seguradora que negou a cobertura por roubo em razão de pretenso descumprimento da cláusula de gerenciamento de risco pela transportadora que exigia a contratação de escolta armada ou rastreador por satélite. Cláusula todavia não pactuada na apólice de seguro original. (...) Afronta ao princípio da boa-fé contratual e à natureza do contrato de seguro destinado à cobertura de eventos futuros. Código Civil de 1916 , art. 1.432. Apelo da seguradora desprovido. Danos morais não comprovados. Inadimplemento contratual insuficiente para a violação aos direitos de personalidade da pessoa jurídica. Recurso adesivo da autora desprovido. [10]

Evidente, portanto, que o contrato de seguro deve ser claro ao estabelecer a obrigação de cumprimento do Programa de Gerenciamento de Riscos pela segurada. Caso o PGR seja pactuado em documento apartado, este deverá ser assinado por ambas as partes, sendo também ideal que se faça menção, na apólice, ao menos à existência do PGR e às consequências de seu descumprimento. Como sugerem CRISTIAN SMERA BRITTO e PAULO HENRIQUE CREMONESE:

> Como já comentado ao início deste estudo, entendemos recomendável que o eventual PGR estipulado entre as partes integre e se insira no texto da apólice, e não se caracterize apenas pelo documento apartado. Não obstante, o PGR também deve ser formalizado, em estilo contratual, através de documento separado, devidamente assinado pelas partes. [11]

A nebulosidade de algumas cláusulas de PGR ou mesmo a falta de previsão escrita e aceita pelo segurado tem sido objeto de discussões judiciais, com prejuízo a todas as partes. O Programa de Gerenciamento de Riscos vem para trazer benefícios à sociedade, seguradoras e segurados. Todavia, as obrigações nele contidas não podem deixar de atender aos preceitos basilares do direito contratual, e o estabelecimento das obrigações deve ficar clara à parte segurada, sob pena de a seguradora efetuar o cálculo do risco com base em elementos que poderão não ser considerados como existentes pelo segurado e pelo Judiciário.

3 – OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DO PGR: A POSSIBILIDADE DE NEGATIVA DE COBERTURA PELAS SEGURADORAS E A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

3.1. – A NEGATIVA COMO DEVER DA SEGURADORA: O MÚTUO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Talvez a questão que mais tem sido levada ao Judiciário referente ao Programa de Gerenciamento de Riscos previsto nas apólices refere-se à hipótese em que a seguradora nega a cobertura ao sinistro por descumprimento do PGR por parte do transportador. Conforme já mencionado retro, enquanto algumas apólices preveem a mera ineficácia da cláusula de

10 TJ-SC, Apelação Cível 355748 SC 2007.035574-8, Rel. Des. NELSON SCHAEFER MARTINS, j. 16.11.2010, Segunda Câmara de Direito Civil.

11 BRITO, Cristian Smera; CREMONEZE, Paulo Henrique. Particularidades da cláusula de DDR. Artigo disponível em http://www.cremoneze.adv.br/blog/?p=144. Acessado em 27.01.2014, às 19h40min.

DDR quando o PGR for descumprido, outras chegam a prever a negativa de cobertura caso haja a regulação do sinistro revela que houve o descumprimento do Programa, ocasionando a irresignação do segurado e a propositura da demanda judicial objetivando o recebimento do valor da indenização referente ao sinistro.

Como se sabe, e de acordo com a letra do artigo 757 do Código Civil, o contrato de seguro obriga o segurador, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir o interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados.

Inicialmente, cumpre efetuar a distinção entre risco e incerteza. Como explicam TZIRULNIK, CAVALCANTI e PIMENTEL:

> A incerteza é um sentimento humano imensurável. O risco, ao contrário, é um dado social objetivo. A regularidade e a intensidade de sua incidência, assim como seus efeitos e as consequências destes últimos, podem ser previamente conhecidos com alto grau de certeza. O atual estado da técnica securitária exige este conhecimento para evitar a dissociação entre o contrato individualmente considerado e a massa operacional na qual está compreendido e que lhe serve de suporte. [12]

É com base nessa análise do risco – e em sua aceitação, denominada subscrição no jargão linguístico securitário – que a seguradora estipula o valor do prêmio, com base na atuária. Como afirmam os mesmos autores mencionados acima, "o risco é o elemento sine qua non para o cálculo do prêmio. Essa taxa resulta da contas atuariais que, como afirmamos, permitem compreender economicamente as incertezas individuais, convolando-as em risco no contexto coletivo e nele dissolvendo-as" [13].

Não é à toa que o artigo 770 do Código Civil prevê a possibilidade de revisão do contrato no caso de o prêmio inicialmente estipulado se mostrar, com o decurso do tempo, desproporcional ao risco em virtude de eventual diminuição considerável deste.

Note-se que o cálculo adequado do risco e a precificação do seguro não interessam apenas à seguradora e ao lucro de seus acionistas. O seguro tem como um de seus pilares a mutualidade. Caso a seguradora aja sem a adequada técnica e incorra em problemas financeiros, prejudicará toda a massa de segurados cujo interesse estava a ser garantido pela prestadora de serviços securitários. Justamente por isso existe a fiscalização da administração pública sob a atividade securitária, sendo que o Código Civil, logo no parágrafo único do artigo 757, impõe que "somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada". A atividade securitária exige uma técnica evoluída, e eis a chamada empresarialidade do seguro.

Como lembram os autores já mencionados, "o prêmio não pode ser visto como prestação apenas de interesse da seguradora. É elemento importante para a solvência do conjunto de negócios (formar provisões etc.). Interessa, assim, a todos e a cada um dos segurados". [14]

E, na medida em que a seguradora efetua o cálculo do prêmio com base nos riscos predeterminados

12 TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

13 Idem, p. 38.

14 Idem, p. 39.

sobre cujo interesse do segurado está aceitando garantir, tem-se por evidente que, uma vez pactuado o contrato, a seguradora não poderá dar cobertura a ocorrência que não se insira nos riscos que foram anteriormente subscritos. É importante observar: não se trata apenas de uma ausência de obrigação da seguradora por falta de previsão contratual. Trata-se, sim, de uma obrigação da seguradora em não conceder a cobertura nesses casos, para que não haja prejuízo ao mútuo com o acréscimo de um déficit não provisionado tecnicamente, podendo ocasionar inclusive o encarecimento ao prêmio de outros segurados, em ofensa ao princípio da função social dos contratos.

É por isso que ANTONIO CARLOS ALVES PEREIRA afirma que "não se concebe que o segurador venha, no plano da responsabilidade civil contratual, a arcar com riscos que não subscreveu"[15] . Pertinente, ainda, a explicação de ANTONIO PENTEADO MENDONÇA:

> Uma companhia de seguros não é, em hipótese alguma, dentro das relações geradas pela apólice, responsável pelo sinistro. De acordo com o contrato, ela é responsável pelo pagamento da indenização do sinistro, o que é completamente diferente de responder pelo próprio dano e por seus prejuízos. Mais do que isso, ela é responsável apenas dentro dos limites do contrato, ou seja, em função da apólice de seguro a seguradora tem fronteiras definidas, dentro das quais suas responsabilidades precisam estar claramente colocadas, e a mais importante dessas limitações – até mesmo para defesa do mútuo e dos outros segurados – é a que veda indenizar mais do que o previsto na apólice, seja em função do valor, ou de cláusula de garantia do risco ou de exclusão de cobertura. [16]

E, sem abrir mão da mais tradicional doutrina civilista, tem-se por esclarecedoras as palavras de SILVIO DE SALVO VENOSA:

> O contrato de seguro tem compreensão e interpretação restritas, não se admitindo alargamento dos riscos, nem extensão dos termos. Daí por que é essencial que os riscos sejam minudentemente descritos e expressamente assumidos pelo segurador. Um seguro que proteja de furto simples não pode cobrir o roubo ou furto qualificado; um seguro que proteja incêndio não pode ser estendido à inundação, por exemplo. [17]

Pois bem. Como vimos nos capítulos anteriores, o Programa de Gerenciamento de Riscos diminui consideravelmente o valor do prêmio. E por qual motivo? A resposta é simples: uma vez pactuado, na apólice ou em documento apartado, que o transporte será efetuado com atendimento ao PGR, passa a seguradora a efetuar o cálculo do prêmio com base nos ricos decorrentes do transporte efetuado sob o Gerenciamento de Riscos. E é certo que, de acordo com os cálculos e estatísticas utilizados pela seguradora, as probabilidades de perda relativas ao transporte efetuado dessa maneira são muito menores, desonerando o prêmio e, via de consequência, o próprio segurado.

Também por isso, tem-se por certo que, ao efetuar

15 PEREIRA, Antonio Carlos. Miragens e aproximação. In: TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra (coord.) Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil. São Paulo: MP, 2009, p. 67.

16 MENDONÇA, Antonio Penteado. Temas de seguro. São Paulo: Roncarati, 2008, p. 31.

17 VENOSA, Silvio da Salvo. Direito Civil, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3, p. 342.

a contratação de seguro de transporte com cláusula de Gerenciamento de Riscos, o tomador de serviços não está submetendo à seguradora os riscos de um transporte comum, e sim os riscos de um transporte em que é efetuado o Gerenciamento. Dessa forma, a ausência de cobertura securitária para os casos em que o PGR não foi respeitado não se revela juridicamente como qualquer espécie de penalidade à empresa segurada, e sim como uma hipótese de risco não coberto. O risco coberto, nesses casos, é o transporte efetuado sob os cuidados exigidos pelo PGR. Um transporte sem PGR, nesse contexto, está simplesmente fora do cálculo atuarial, e por consequência também estará fora do objeto do contrato. E nesse caso, como visto, a seguradora sequer pode, ainda que por benevolência e liberalidade, oferecer a cobertura securitária.

Note-se, também, que não se trata apenas de uma questão de respeito à mutualidade. Tem-se aqui uma questão cultural que deve ser valorizada pelo Judiciário. Uma vez pactuado o Gerenciamento de Riscos, o seu descumprimento injustificado consiste em negligência. O risco do transportador é um risco da sociedade. É um risco da vida do condutor, seja autônomo ou contratado. A ausência de Gerenciamento estimula a prática dos infratores, impulsionando a criminalidade. A ocorrência de sinistros, como já analisado, encarece o seguro e o custo Brasil. Por conta disso, o Programa de Gerenciamento de Riscos e sua importância devem ser analisados sob o ponto de vista da função social dos contratos. Não se trata apenas de discutir o direito entre seguradora e segurado. Trata-se, sim, de se estabelecer uma jurisprudência que leve em consideração a importância da cultura de Gerenciamento de Riscos, e que atribua a essa nova figura jurídica a importância devida.

Que também não se diga, conforme já mencionado alhures, que as exigências do Programa de Gerenciamento de Riscos provocariam o esvaziamento do contrato de seguro. Como já explicado minuciosamente, o PGR visa à diminuição dos riscos e de sua severidade. Em se tratando de transporte, até hoje não existe técnica mágica: sempre haverá riscos.

Ocorre que, não obstante toda essa fundamentação, ainda se verifica parte da jurisprudência que, muito longe de compreender o instituto – e, na verdade, o próprio contrato de seguros, a precificação do prêmio, as técnicas de subscrição e as hipóteses de cobertura – entendem que o Programa de Gerenciamento de Riscos constitui cláusula abusiva, uma vez que ocasionaria o esvaziamento do contrato. Como exemplo, tem-se esse julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Contrato - seguro de transporte rodoviário - roubo de mercadoria durante o transporte - negativa de indenização - cláusula de gerenciamento de risco abusividade - exigências que geram esvaziamento do contrato securitário - afronta à função social do contrato - limitação da responsabilidade - descabimento - indenização ao valor pleiteado na inicial apelo da ré desprovido, provido o recurso adesivo da autora. Trecho do voto relator: 'A ré apelante é empresa de seguros e recebe pelos serviços prestados, justamente para cobrir prejuízos advindos de roubos, furtos, ou outros motivos de perdimento da carga. Admitir que a apelante não tem o dever de indenizar a apelada seria prestigiar o enriquecimento sem causa por parte desta, o que é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Desta forma, resta

inaplicável a cláusula de Gerenciamento de Riscos.[18]

Outro exemplo pode ser encontrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE TRANSPORTE. ROUBO DE CARGA EM POSTO DE GASOLINA. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTRATUAIS PARA PAGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO FORMALIZADO. LIMITAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. OCORRÊNCIA. CLÁUSULA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS ABUSIVA. NULIDADE DECLARADA POR AFRONTA AOS ARTIGOS 25 E 51 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE INDENIZAR SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.
>
> No voto do Relator: 'o questionamento retratado nos autos diz respeito à responsabilidade ou não da seguradora em indenizar a autora pelo roubo, pois, segundo suas declarações, estaria isenta dessa obrigação, uma vez que a transportadora segurada descumpriu a "Cláusula de Gerenciamento de Riscos" prevista no contrato. De início cabe ressaltar que o conflito em tela se submete às regras estampadas no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a relação contratual existente entre segurada e seguradora configura-se como tipicamente de consumo, nos moldes dos artigos 2º e 3ºda Lei n. 8.078/90. (...) É inequívoco que as cláusulas gerais do contrato, precipuamente a que dispõe sobre o gerenciamento de riscos (fls. 46), praticamente elimina o risco da seguradora. (...) Não pode a seguradora oferecer um produto no mercado, calcular o preço, consequentemente do prêmio a ser pago, e depois imputar todo o risco da atividade ao cliente/segurado. A imposição contratual de que o segurado precise contratar outro serviço para reduzir o risco de sua atividade configura onerosidade excessiva, uma vez que impõe ônus somente a uma das partes, ocasionando significativo desequilíbrio na relação entre seguradora e segurado. Para que se tenha por reequilibrada a relação jurídica de consumo entre os litigantes, deve-se interpretar o contrato de seguro da forma mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 da Lei8.078/90, de modo a extrair a máxima utilidade de suas cláusulas.' [19]

Ora, resta claro que os julgados acima não demonstram o conhecimento absoluto dos julgadores com relação à natureza e à importância do Programa de Gerenciamento de Riscos, muito menos quanto à técnica de precificação dessa modalidade de seguro.

Não se pretende ignorar, evidentemente, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor. E, justamente por isso, conforme já mencionado anteriormente, recomenda-se a ciência absoluta do segurado com relação à sua obrigação em atender a Programa de Gerenciamento de Riscos previamente estabelecido para que a cláusula tenha validade. Trata-se de uma obrigação do segurado, de modo que, nas

18 TJ-SP - APL: 6101420108260035 SP 0000610-14.2010.8.26.0035, Rel. Des. DIMAS CARNEIRO, j. 19.01.2012, 37a Câmara de Direito Privado, p. 26.01.2012.

19 TJ-PR 8885329 PR 888532-9, Rel. Des. GUIMARÃES DA COSTA, j. 23.08.2012, 8ª Câmara Cível.

hipóteses em que esta se enquadrar no conceito de consumidor – questão jurídica que pode dar ensejo a longas discussões, e que será deixada para o momento oportuno para a manutenção do foco do presente trabalho – todas as limitações a seus direitos deverão ser redigidas com destaque (CDC, art. 54, § 4º), o mesmo se aplicando ao PGR, quando o segurado for considerado consumidor.

O que o CDC considera abusivo é a disposição que restrinja direitos ou obrigações fundamentais á natureza do contrato. E, como visto, a imposição do PGR não esgota a natureza do contrato de seguro. Muito pelo contrário: ao baratear o preço e trazer um benefício ao segurado e à sociedade, o Gerenciamento de Riscos deve ser enxergado como um instituto inerente ao próprio contrato de seguro, que faz parte de sua natureza.

Há, por outro lado, parte da jurisprudência que tem apresentado melhor compreensão do instituto, e que parece tender a se dissipar entre as Comarcas e Tribunais, conferindo maior segurança jurídica à atividade securitária e de gerenciamento de riscos. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, temos como exemplos:

> CONTRATO DE SEGURO TRANSPORTE RODOVIÁRIO - RISCO ASSUMIDO CLÁUSULA DE GERENCIAMENTO DE RISCO NÃO OBSERVAÇÃO PELA SEGURADA - HIPÓTESE NÃO COBERTA INDENIZAÇÃO INDEVIDA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO NÃO PROVIDO. Evidenciando a prova dos autos que a autora descumpriu cláusula de gerenciamento de risco, contratualmente ajustada, inexistente é a cobertura securitária.[20]

> Seguro. Transporte de mercadorias. Roubo de carga. Bens condicionados a gerenciamento de riscos. Cláusula não observada. Comunicação do sinistro com demora de mais de 48 horas. Contrato baseado em cálculo atuarial. Transportadora que descumpre as cláusulas livremente pactuadas. Abusividade e onerosidade excessiva inexistentes. Ausência de ofensa ao inciso III do § 1º do artigo 51 do CDC. Sentença mantida. Recurso desprovido.[21]

> SEGURO Ação regressiva - Transporte rodoviário de mercadorias Roubo - Culpa de preposto da transportadora, motorista que cometeu a função a um amigo - Inobservância de normas do ajuste, referente ao gerenciamento de risco, a saber cadastramento do motorista, rastreamento e monitoramento, comboio e comunicação adequada Agravamento do risco e responsabilidade da transportadora Sentença de improcedência reformada Apelação provida.[22]

Também no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a negativa da cobertura já foi aceita em casos de descumprimento de PGR:

> Apelação cível. Ação indenizatória. Roubo de carga. Contrato de seguro. Cláusula de gerenciamento de risco. Descumprimento. Exclusão da cobertura contratual. Possibilidade. Precedentes. Recurso improvido.[23]

20 TJ-SP - APL: 9230738582005826 SP 9230738-58.2005.8.26.0000, Rel. Des. PAULO AYROSA, j. 09.08.2011, 31ª Câmara de Direito Privado, p. 10.08.2011.

21 TJ-SP - APL: 3588445520098260000 SP 0358844-55.2009.8.26.0000, Rel. Des. VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, j. 16.02.2011, 21ª Câmara de Direito Privado, p. 23.02.2011.

22 TJ-SP - APL: 1214554520088260003 SP 0121455-45.2008.8.26.0003, Rel. Des. JOSÉ TARCISO BERALDO, j. 28.09.2011, 14ª Câmara de Direito Privado, p. 29.09.2011

23 TJ-RJ - APL: 18318920078190210 RJ 0001831-89.2007.8.19.0210, Rel. Des.

Em síntese, muito embora prevaleça entre os operadores do direito em geral o desconhecimento do contrato do seguro, e especialmente da cláusula que exige do segurado o cumprimento de um Programa de Gerenciamento de Riscos, constata-se que a jurisprudência tem-se curvado para a melhor compreensão de ambos os institutos, deixando de considerar cláusula abusiva a imposição desse importante instrumento de controle de ocorrências que, ainda que se refiram diretamente a direitos de particulares, repercutem negativamente sobre toda a sociedade brasileira.

3.2. – OS REQUISITOS PARA A NEGATIVA DA SEGURADORA: NECESSIDADE DE NEXO CAUSAL ENTRE O DESCUMPRIMENTO DO PGR E A OCORRÊNCIA DO SINISTRO?

Conforme já mencionado anteriormente, um dos requisitos para que a seguradora possa exercer sua prerrogativa de negar o pagamento da indenização quando se tratar de sinistro em que houve descumprimento de PGR é a presença do Programa na apólice ou em documento aparatado do qual conste a expressa aquiescência do segurado, o mesmo se podendo dizer com relação a eventuais alterações que a seguradora venha a estabelecer nas exigências do Gerenciamento de Riscos.

Questiona-se, nesse ponto, sobre a presença de outro requisito, o qual consistiria na existência de nexo causal entre o sinistro ocorrido e o descumprimento do PGR. Por exemplo: suponha-se que determinada apólice exija, em caráter de Gerenciamento de Risco, que todos os motoristas que conduzirão os veículos transportadores deverão ser cadastrados por empresa gerenciadora de risco referenciada pela seguradora. Prevê também a apólice que, caso seja verificado que o motorista não esteja cadastrado ou esteja em situação irregular perante os cadastros da gerenciadora, e ocorrendo nessa hipótese qualquer sinistro, o segurado perderá o direito a indenização.

Seguindo-se o raciocínio, suponha-se que determinada transportadora efetue viagem com o motorista que não está cadastrado perante a gerenciadora. Durante o transporte, ocorre o roubo das mercadorias, de modo a ensejar, pelo texto da apólice, a negativa de cobertura pela seguradora. Todavia, verificados os dados do motorista (situação financeira, existência de protestos ou dívidas em seu nome, existência de antecedentes criminais e outros quesitos), verifica-se que este não possui simplesmente qualquer registro de informação que poderia torná-lo recusável pela gerenciadora de riscos que, se fosse o caso, certamente aceitaria seu cadastro e permitiria que este conduzisse o veículo. Deveria, nesse caso, ser negada a indenização?

A questão não é simples, e tem sido enfrentada nos Tribunais. E entende-se, aqui, que a questão deve ser tratada sob dois pontos de vista.

O primeiro é de ordem obrigacional, lembrando que há um contrato de seguro estabelecido entre as partes. Sob essa ótica, inegável que houve o descumprimento do contrato de seguro pela empresa segurada, na medida em que permitiu que houvesse o transporte de carga sem o cumprimento do PGR na forma qual estipulada na apólice. Mas será que apenas esse descumprimento pontual do PGR, sem qualquer relação com o sinistro, poderia ocasionar a total ausência de contraprestação pela seguradora?

Note-se que, no caso, o contrato de seguro – hoje

MARCO ANTONIO IBRAHIM, j. 06.10.2010, 20ª Câmara Cível, p. 25.10.2010.

considerado comutativo, e não aleatório, por boa parte da doutrina contemporânea[24], entendimento ao qual se perfilha o presente estudo, vez que ao segurado cabe o pagamento do prêmio, e ao segurador cabe garantir o interesse segurável, mantendo a devida reserva técnica, independentemente de ocorrer ou não o sinistro – exige contraprestação de ambas as partes: (i) do lado da seguradora, a obrigação de garantir o interesse segurável, pagando a indenização caso ocorra o sinistro; (ii) do lado do segurado, a obrigação se pagar o prêmio e, no caso do seguro de transportes, outras obrigações acessórias, como a realização das averbações de embarque e o cumprimento de um Programa de Gerenciamento de Riscos.

No exemplo encimado, o segurado descumpriu apenas um ponto – que se revelou irrelevante ao risco – de uma de suas obrigações, consistente no cumprimento do PGR. Não se pode entender por razoável, sob a ótica obrigacional, que o referido descumprimento pontual possa ensejar a total ausência de contraprestação pela seguradora. Pode ser invocada, nessa hipótese, a moderna Teoria do Adimplemento Substancial, a qual tem sido constantemente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça. O inadimplemento de uma pequena parcela da contraprestação por uma das partes, ainda mais quando de cunho acessório, não poderá motivar o descumprimento total da contraprestação exigível da outra, o que na verdade consistiria na verdadeira resolução do contrato. Como bem explicado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA:

> Quando se trata de avaliar o descumprimento de um contrato, não só no tocante aos prazos, mas quanto ao próprio conteúdo das cláusulas, impõe-se, antes de tudo, distinguir-se entre obrigação principal e obrigações acessórias. Somente o descumprimento grave da obrigação principal (verdadeira causa do negócio) justifica a resolução do contrato por inadimplemento. As infrações de obrigação acessória, que não comprometem a finalidade principal do ajuste, motivam outras sanções (diversas da ruptura do contrato), principalmente quando estas já estejam enunciadas no contrato. Não sendo, pois, afetada a essência do contrato, a ofensa à obrigação acessória resolve-se, quase sempre, em perdas e danos ou em execução forçada da prestação devida.[25]

Como exemplo da aplicação da teoria pelo STJ, tem-se:

> DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DEVEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DEPOSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.
>
> 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que

24 Na verdade, PONTES DE MIRANDA, muito à frente de seu tempo, já entendia pela caráter comutativo do contrato de seguro: "cumpre observar que a contraprestação, que faz o segurador, no caso do sinistro, não é o objeto da dívida e das obrigações principais do segurador. Tal pagamento é eventual. O segurador contrapresta segurando, assumindo a álea. O contraente tem interesse no seguro mesmo se o sinistro não ocorrer. No momento da conclusão do contrato de seguro, o segurador contrapresta." – MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 45, p. 411. Atualmente, tem-se como mesmo entendimento, dentre outros, ERNESTO TZIRULNIK, NELSON BORGES, J.J. CALMON DE PASSOS, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, FÁBIO KONDER COMPARATO e VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

25 THEODORO JUNIOR, Humbert; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação ao comportamento contraditório. Revista de Direito Privado n. 38, abr-jun/09, p. 149-175.

deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o quê seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.
5. Recurso especial não conhecido.[26]

Dessa maneira, sob a ótica estritamente contratual, tem-se que não seria razoável o inadimplemento total do contrato pela seguradora em face do descumprimento de um item do PGR pelo segurado. O que se entenderia razoável, nesse caso, seria a aplicação de penalidade específica pela seguradora, a partir de previsão contratual, evidentemente menos drástica que a negativa de pagamento de indenização.

Passa-se a analisar a questão, portanto, sob a ótica específica do Direito Securitário.

Conforme argumentado anteriormente, quando o sinistro ocorre em razão do descumprimento do PGR, tem-se que o sinistro ocorreu sob condições em que realmente não estava prevista a cobertura na apólice. A precificação do seguro, nesse caso, baseou-se no risco decorrente da realização do transporte com o cumprimento do PGR. Quando do descumprimento do PGR, trata-se de risco não precificado, alheio à realidade contratual, e que simplesmente não está amparado pela garantia securitária.

No caso em comento, todavia, tem-se que, não havendo nexo da causalidade entre o descumprimento pontual do PGR e a ocorrência do sinistro, o fato que ocasionou o sinistro estava inexoravelmente incluído no risco subscrito pela seguradora. Ao efetuar o cálculo do prêmio, a seguradora levou em conta que o transporte seria efetuado por motorista sem restrições financeiras, sem antecedentes criminais etc. E foi justamente o que ocorreu. Mas o mesmo raciocínio seria aplicado se, tendo o motorista restrições financeiras, o sinistro

26 STJ - REsp: 1051270 RS 2008/0089345-5, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 04.08.2011, 4ª Turma, p. 05.09.2011.

houvesse sido causado por fato de terceiro, ensejando a cobertura securitária em decorrência da perda da carga. O risco calculado de um terceiro ocasionar o sinistro seria exatamente o mesmo se o motorista estivesse com suas contas em dia.

Tem-se, portanto, que nesse caso o pagamento da indenização não ofenderia o equilíbrio contratual, tampouco desfalcaria o mútuo. O risco calculado, no caso, possui relação de absoluta equivalência com o risco consolidado, ou seja, com o sinistro ocorrido. Não se entende, aqui, portanto, e sem qualquer pretensão em esgotar a salutar discussão sobre o tema, que a negativa de pagamento da indenização pela seguradora quando inexiste o nexo de causalidade entre o descumprimento do PGR e o sinistro seria juridicamente viável.

Para pôr fim ao tema, questiona-se: no caso em que há inequívoco nexo de causalidade entre o descumprimento do PGR e a ocorrência do sinistro, não se trataria também de mero descumprimento pontual de obrigação acessória, e que não deveria ensejar a negativa de cobertura, obrigação da seguradora?

Não. Primeiro, porque os efeitos desse "mero descumprimento contratual" são drásticos, e isso deve ser considerado. Segundo – e principalmente – porque nessa hipótese simplesmente não existe obrigação da seguradora em pagar a indenização securitária, em face da inocorrência de sinistro relacionado a risco coberto. A contraprestação da seguradora, nesse caso, será continuar a garantir o interesse segurável, nos termos estipulados na apólice, ou seja, considerando-se o fiel cumprimento do PGR.

E é dessa forma que tem enxergado a jurisprudência. Alguns exemplos:

Ação regressiva (lide principal). Seguro de mercadorias. Transporte de carga pela via terrestre (CD - player, tarjas magnéticas, inúmeros e variados aparelhos eletro-eletrônicos, geladeiras, secadoras e roupas em geral de propriedade das 'Casas Pernambucanas'). Roubo. Força maior afastada pela sentença. Ausência de recurso da transportadora. Trânsito em julgado consumado. Denunciação da lide. Seguradora que se sub-rogara no direito material do proprietário dos bens segurados. Direito de regresso. Sub-rogação que decorre do princípio do restitutio in integrum. Agravo retido. Prescrição da lesão. Inocorrência. Prescrição ânua que só se aplica às ações entre segurado e seguradora. Teoria da simetria não incidente. Inaplicabilidade do art. 449, n. 2, do Código Comercial revogado. Ação regressiva que segue a prescrição ordinária. Agravo não provido. Seguro. Cláusula que impõe gerenciamento do risco. Juridicidade reconhecida. Cláusula plausível e adequada à tipologia do seguro. Inexistência de abusividade, ou vantagem exagerada da seguradora. Não observância, contudo, que não levanta o nexo causal entre o roubo e a não obtenção de senha para o embarque. Sentença mantida. Recurso não provido.[27]

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO facultativo de responsabilidade civil do transportador rodoviário. Complementação de indenização. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. AGRAVAMENTO DO RISCO

27 TJ-SP - APL: 9093437692005826 SP 9093437-69.2005.8.26.0000, Rel. Des. RÔMOLO RUSSO, j. 21.07.2011, 11ª Câmara de Direito Privado, p. 25.07.2011.

> NÃO CONFIGURADO. Embora a parte autora não tenha cumprido com todas as exigência do contrato, ao não promover consulta prévia, vinculada ao motorista que dirigia o veículo roubado, no cadastro da empresa Multisat Sistemas de Gerenciamento de Riscos Ltda., não houve agravamento do risco contratado, porquanto ficou provado que não havia qualquer restrição ao motorista no cadastro da Gerenciadora Pamcary ou mesmo no cadastro da empresa Multisat. Complementação de indenização devida. APELO DESPROVIDO, UNÂNIME.[28]

Por fim, destaque-se que a mesma lógica pode ser aplicada no tocante à ineficácia da cláusula de Dispensa de Direito de Regresso em face do transportador rodoviário mencionada na apólice. Caso o descumprimento do PGR seja uma das causas possíveis de ineficácia da DDR, e caso o descumprimento no fato concreto não haja tido ligação direta com o sinistro, será difícil arguir em juízo a ineficácia da cláusula de dispensa para a demonstração do mérito na ação de ressarcimento contra a responsável pelo dano.

CONCLUSÃO

O Gerenciamento de Riscos deve ser enxergado não apenas como de interesse das seguradoras, e sim como de interesse de toda a sociedade brasileira, que convive com uma economia prejudicada pelo precário panorama logístico do país e pelos altos custos que envolvem o transporte, inquestionavelmente agravado pelos números astronômicos de ocorrências de roubo de cargas. É sob essa ótica que o Gerenciamento deve ser enxergado pelo Judiciário, e jamais como uma imposição arbitrária e abusiva das companhias de seguro. O Gerenciamento de Riscos pode evitar a ocorrência de graves tragédias e deveria ser tido como regra em uma sociedade cada vez mais complexa, como já o é em alguns países.

Com relação às cláusulas contidas nas apólices que exigem o cumprimento do PGR, faz-se necessário um maior aprimoramento por parte do mercado, especialmente no tocante à clareza das exigências e ao devido registro da ciência inequívoca do segurado quanto aos itens do programa a ser cumprido. O Judiciário tem enxergado como abusiva a exigência quando não se comprova a aquiescência do segurado, inclusive no tocante à alteração dos termos do PGR.

Em regra, a negativa da seguradora ao pagamento da indenização securitária quando verificada a ocorrência de sinistros diretamente relacionados ao descumprimento do PGR previsto na apólice não pode ser enxergada como conduta abusiva, e sim como uma prerrogativa contratual e, sobretudo, um dever de fidelidade ao mútuo e à melhor técnica atuarial. A implementação do PGR é considerada na precificação do seguro, e os riscos decorrentes de seu descumprimento simplesmente não fazem parte da álea subscrita pela seguradora. Tal fator tem sido cada vez mais compreendido pela jurisprudência, que ainda apresenta algumas decisões que demonstram a absoluta falta de compreensão da sistemática do contrato de seguro e de sua verdadeira função social.

Não se tem por razoável, em consonância com o entendimento que vem sendo formado na jurisprudência, a negativa de cobertura nos casos em que o sinistro não teve qualquer relação de causalidade com determinado descumprimento pontual do PGR. Não houve ofensa ao equilíbrio contratual e, sob o ponto de vista obrigacional, deve prevalecer a teoria do adimplemento substancial.

A mesma lógica se aplica à pretensão de se considerar ineficaz a cláusula de Dispensa do Direito de Regresso em face do transportador: não havendo nexo causal, haverá dificuldades na obtenção do provimento jurisdicional que condene a transportadora ao pagamento do valor indenizado pela companhia seguradora.

28 TJ-RS - AC: 70045016573 RS, Rel. Des. GELSON ROLIM STOCKER, j. 29.02.2012, 5ª Câmara Cível, p. 05.03.2012.

Nesses termos, finaliza-se o presente estudo como um mero parâmetro inicial para as discussões em torno do tema, que hoje são escassas, inclusive por parte da doutrina especializada. A matéria ainda exige amplas e aprofundadas discussões, que decerto enriquecerão esse instituto essencial à qualidade de vida dos cidadãos e à evolução da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS

BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro. Gerenciamento de riscos no transporte rodoviário de cargas. Disponível em http://www.brasiliano.com.br/blog/?p=194.

BRITO, Cristian Smera; CREMONEZE, Paulo Henrique. Particularidades da cláusula de DDR. Artigo disponível em http://www.cremoneze.adv.br/blog/?p=144.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MENDONÇA, Antonio Penteado. Temas de seguro. São Paulo: Roncarati, 2008.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 45.

PEREIRA, Antonio Carlos. Miragens e aproximação. In: TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra (coord.) Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil. São Paulo: MP, 2009.

SANTOS, Lucimara Mateus. In: CREMONEZE, Paulo Henrique (coord.). Temas de Direito do Seguro e de Direito dos Transportes. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação ao comportamento contraditório. Revista de Direito Privado n. 38, abr-jun/09.

TZIRULNIK, Ernesto. Chega de praças e homenagens às vítimas de acidentes. Publicado em 14.02.2013. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-fev-14/ernesto-tzirulnik-chega-pracas-homenagens-vitimas-acidentes.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio da Salvo. Direito Civil, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

Importância *da Assessoria* **Jurídica** nas Regulações de *Sinistro nos* **Contratos** *de* ***Seguro***

Sumário

Introdução e Conceito de Risco, Sinistro e Regulação de Sinistro. 1. Importância da Assessoria Jurídica nas Regulações de Sinistro nos Contratos de Seguro. 2. Os principais aspectos avaliados na Assessoria Jurídica e a necessária imparcialidade. 3. Da Importância da Assessoria Jurídica para a Constituição de Reservas pelas Seguradoras. - Conclusão -

Palavras- chave

Risco – Sinistro - Assessoria Jurídica – Regulação de Sinistros – Provisão - Seguro – Seguradoras.

Daniel Marcus

Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-COGEAE. Advogado com atuação em setores estratégicos de seguradoras e escritórios de advocacia especializados em Direito Securitário.

Introdução e Conceito de Risco e Regulação de Sinistro

Inicialmente, entendemos por oportuno expor o conceito que o legislador deu ao contrato de seguro, nos termos do artigo 757 do Código Civil:

> 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.

De maneira complementar, necessário estabelecer uma definição adequada para o que se pode entender por risco, quando relacionado a um contrato de seguro. Neste contexto, risco pode ser definido como todo evento incerto de data futura que independa da vontade das partes e contra o qual é feito o seguro. Portanto, o contrato de seguro é formalizado para garantir (cobrir) a ocorrência de um risco nele previsto, o qual se denomina sinistro.

Normalmente, ao serem comunicadas acerca da ocorrência de um sinistro, as seguradoras dão início a um procedimento conhecido por "regulação do sinistro".

Tecnicamente falando, "se trata de um serviço devido pela seguradora aos segurados e beneficiários, destinados a apurar a existência e a grandeza da dívida indenizatória da seguradora, portanto um procedimento de seu comum interesse, que deve zelar para que a dívida apurada seja solvida com a máxima exatidão e rapidez, sob pena de sua desfuncionalização[1]".

Em outras palavras, a regulação tem o escopo de aferir todas as circunstâncias em que um sinistro ocorreu para, ao final do procedimento, se concluir pela existência ou não de cobertura e quais os valores envolvidos.

E dentro da sistemática da relação obrigacional do contrato de seguro, a regulação do sinistro é o instrumento e a condição para que a indenização, se devida, seja paga ao segurado. Como são as seguradoras que têm de proceder com a regulação, torna-se esta não só um poder, mas igualmente um dever, podendo-se falar que, dentro do esquema do contrato, a realização da regulação do sinistro é "parte integrante do cumprimento do contrato de que se cuida"[2].

Nesse cenário, impende esclarecer que a regulação do sinistro trata-se de "um conjunto de providências tomadas pelas seguradoras para, inicialmente, averiguarem se o evento danoso faz parte das coberturas previamente estabelecidas pelas partes contratantes"[3], e, se o caso, apurar os prejuízos sofridos pelo segurado, com vistas a viabilizar o consequente pagamento da respectiva indenização securitária.

Nesse viés, tem-se que o processo de regulação do sinistro decorre de um poder-dever das seguradoras, a quem, como exposto, cabe a administração da gestão do fundo comum formado por toda a massa de segurados.

As regras através das quais a regulação de sinistro deve se pautar estão previstas nas condições contratuais da apólice o que em tese, pode dar a impressão de que este procedimento não apresenta grandes dificuldades.

---

1 TZIRULNIK, Ernesto e Octaviani, Alessandro, Regulação de Sinistro (ensaio jurídico), 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001

2 TZIRULNIK, Ernesto. Regulação de sinistro. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35.

3 IVAN de Oliveira Silva, em "Curso de Direito do Seguro", 2a edição, Saraiva, p. 2174.

Ocorre que nem sempre a análise é simples, principalmente em se tratando de riscos que envolvam vultosos valores, grandes obras, complexos industriais ou equipamentos de enormes proporções e especificidade técnica.

Nestes casos, a regulação do sinistro pode ser demorada e orbitar por múltiplas áreas de atuação envolvendo profissionais com diversas especialidades, tais como engenheiros (civil, mecânico, elétrico), contadores, atuários, médicos, etc., sempre dependendo do ramo e modalidade da apólice de seguro envolvida.

A esse respeito, oportuno destacar que em razão da complexidade que uma regulação de sinistro pode apresentar, não se pode considerar com rigidez o prazo de 30 (trinta) dias para a sua liquidação, estabelecido pela SUSEP nas circulares relacionados aos respectivos ramos.

Imagine-se, exemplificativamente, a regulação de um sinistro em que se identifica a necessidade de realização de perícias de várias especialidades técnicas, vistorias, reuniões com as partes, com os peritos contratados pelas partes, etc. Nestes casos, certamente, a conclusão ultrapassará o prazo estabelecido pelo agente regulador, mas estará plenamente justificado.

Como se pode perceber, em razão da complexidade que algumas regulações de sinistro apresentam e em razão do volume de trabalho, nem sempre as áreas técnicas e de sinistros das seguradoras possuem condições de realizar o acompanhamento rígido, diário e necessário para que a conclusão esteja pautada pela necessária segurança técnica e jurídica.

E é exatamente por conta da necessidade de que a decisão tomada pelas seguradoras, ao serem avisadas de um sinistro, quer seja de negar a cobertura pretendida pelo segurado, quer seja de efetuar o pagamento da indenização securitária, tenha segurança e lastro técnico e legal, que surge a necessidade de que a regulação do sinistro se sirva do competente acompanhamento jurídico.

1 – A importância da Assessoria Jurídica na Regulação de Sinistro

O ideal é que a assessoria jurídica ocorra desde o início, ou seja, a partir do momento em que a seguradora é avisada a respeito da ocorrência de um sinistro.

Isso porque, com a comunicação de um sinistro, surgem para a seguradora inúmeras implicações de ordem legal que, se não observadas, podem colocar em risco toda a regulação do sinistro, bem como sujeitá-la a severas punições previstas pelos normativos emitidos pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados[4].

Atualmente, os segurados encontram-se bem assessorados juridicamente, de tal sorte que as informações e comunicações emitidas pela seguradora devem ser avaliadas sob a mais estrita legalidade.

Durante todo o desenvolvimento do procedimento de regulação de sinistro, que se inicia com a primeira solicitação de documentos aos segurados e culmina na comunicação da decisão final tomada pela seguradora, a Seguradora deve se pautar pela transparência e

4 A SUSEP é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro. Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. (http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/apresentação)

clareza, pois assim procedendo terá condições de cumprir adequadamente o múnus que lhe compete.

A análise eminentemente técnica de um sinistro costuma pecar pelo imediatismo da decisão e deixa de levar em consideração as suas consequências futuras, principalmente sob o aspecto legal e se levadas à discussão perante o Poder Judiciário.

Diante deste contexto é que se destaca a importância de que as regulações de sinistro tenham um efetivo acompanhamento jurídico desde o nascedouro – leia-se, expectativa ou aviso de sinistro -, de maneira que siga por caminhos firmes, tanto de ordem técnica como legal.

2 – Os principais aspectos avaliados na Assessoria Jurídica e a necessária imparcialidade

Vale destacar que a assessoria jurídica visa não só observar se a seguradora está cumprindo os normativos emanados pelos órgãos reguladores do setor e a sua atuação pelo aspecto legal, mas igualmente, se os segurados assim também estão atuando, como por exemplo, quando e se disponibiliza todos os documentos relacionados na apólice e outros que a seguradora entender necessários no prazo regulamentar, ou quando facilita o acesso ao local do sinistro ou ao equipamento sinistrado ou, ainda, quando os preserva para que a seguradora possa realizar as necessárias vistorias.

Isso porque, a depender da atuação cooperativa ou negligente do segurado, importantes circunstâncias de extrema relevância podem ser perdidas de maneira irrecuperável, intencionalmente ou não, de maneira que a regulação do sinistro pode restar inteiramente prejudicada.

Dentre outros elementos de análise, destacam-se aqueles previstos pelo Código Civil, quais sejam:

- A relação do risco para garantia de eventual ato doloso do segurado, beneficiário ou seu representante (art. 762[5]);
- A boa-fé das partes contratantes antes e durante a vigência do contrato de seguro (art. 765[6]);
- A existência de declarações inexatas ou omissões por parte do segurado ou seu representante (art. 766[7]);
- A ocorrência de eventual agravamento intencional do risco por parte do segurado ou seu representante (art. 768[8]); e,
- Se o segurado comunicou o sinistro à segurada, logo que soube da sua ocorrência (771[9]).

Como se vê, a assessoria jurídica se apresenta como uma via de mão dupla e funciona tanto para avaliar a atuação da seguradora, quanto dos segurados, motivo pelo qual a imparcialidade se apresenta como uma diretriz obrigatória em todo o procedimento, sob pena de ter o seu resultado fragilizado e suscetível a questionamentos administrativa ou judicialmente.

5 Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.
6 O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.
7 Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.
8 O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.
9 Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências.

3 – Da Importância da Assessoria Jurídica para a Constituição de Reservas pelas Seguradoras

E igualmente com fundamento nos elementos acima mencionados, destaca-se o importante papel que a assessoria jurídica desempenha a uma seguradora para, ainda na fase de regulação, auxiliar na definição dos valores devem ser provisionados (PSL)[10] por conta de um sinistro avisado.

À guisa de informação, no que tange ao termo Provisão de Sinistros a Liquidar (PSL), o Dicionário Técnico de Seguros da FUNENSEG[11], estabelece que se trata da provisão comprometida **"relativa aos sinistros já ocorridos e avisados, mas ainda não indenizados, por se encontrarem em fase de regulação ou pré-regulação, mas cuja indenização será, na maioria dos casos devida, integral ou parcialmente".**

Por sua vez, a Resolução CNSP[12] nº 281, de 2013, que institui regras para a constituição das provisões técnicas das sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalização e resseguradores locais, prescreve, em seu parágrafo 4º, que **"a Provisão de Sinistros a Liquidar (PSL) deve ser constituída para a cobertura dos valores a liquidar relativos a sinistros avisados".**

Como se pode perceber o provisionamento de valores é questão de vital relevância para uma seguradora e a assessoria jurídica desde a comunicação do sinistro também pode ter o viés de auxiliar na definição do valor a ser provisionado, se o caso de acordo com o sinistro que se lhe apresenta.

A definição correta do valor a ser provisionado evita o congelamento de valores de forma desnecessária ou a necessidade de mobilização de valores de forma inesperada, impactando negativamente nas diversas áreas internas das seguradoras culminando no comprometimento da sua saúde financeira.

---

10 Nesse sentido, oportuno esclarecer que o dever de constituição de provisões técnicas pelas seguradoras encontra-se previsto no artigo 84 do Decreto Lei nº 73/66, que assim estabelece:
Para garantia de todas as suas obrigações, as Sociedades Seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais

11 https://www.funenseg.org.br/dicionario_de_seguros.php

12 Conselho Nacional de Seguros Privados.

Conclusão

Com base em tudo o que foi até aqui exposto, tem-se que a assessoria jurídica na regulação de sinistro, desempenha papel de relevância ímpar, na medida em que se consubstancia num trabalho complexo, multidisciplinar e que impõe que um sinistro seja avaliado em todos os seus desdobramentos sob o enfoque legal. Trata-se, portanto, do que se pode chamar de uma avaliação "360 graus".

Enfim, trata-se de uma avaliação que deve primar pela imparcialidade com o escopo de auxiliar a seguradora e municiá-la da necessária segurança jurídica quer seja pela decisão de negar a cobertura de um sinistro avisado, quer seja pelo pagamento parcial ou total de indenização, através de uma análise com lastro em questões técnicas, na legislação aplicável, nas normas que regulamentam o setor, nas cláusulas contratuais e no entendimento do Poder Judiciário a respeito do tema em discussão.

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periocidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

OAB SÃO PAULO

ESA

Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade

(11) 3346 6800 / revista@esa.oabsp.org.br

www.esaoabsp.edu.br

@esaoabsp

EscolaSuperiordeAdvocaciaOABSP

Escola Superior de Advocacia OABSP

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

OAB ESA

SÃO PAULO