



Revista

Opinião.Seg

Nº 13 – Novembro de 2016



DESTAQUES DESTA EDIÇÃO:

- CDC E O SEGURO
- CLASSIFICAÇÃO DE RISCO
- COMPLIANCE
- FRAUDE
- IBRACOR

- JORNADAS DIGITAIS
- JUDICIALIZAÇÃO
- NOVO CPC
- OBRAS DE INFRAESTRUTURA
- RC PROFISSIONAL

- REVISÃO ADMINISTRATIVA
- SEGURO D&O
- TÍTULOS VERDES



Em breve o novo site do LegisCor
com informações e novidades para
o Corretor de Seguros

LegisCor[®]
Legislação do Corretor de Seguros

Editorial

Constatamos iniciativas recentes do setor de seguros em prol do segurado. Vejamos os esforços de alguns *players*:

- No Legislativo tramita na Câmara o PL-03555/2004, de autoria do então deputado José Eduardo Martins Cardozo, que estabelece normas gerais em contratos de seguro privado e revoga dispositivos do Código Civil, do Código Comercial Brasileiro e do Decreto-Lei nº 73, de 1966. O atual relator do PL é o deputado Lucas Vergilio, que em 22 de novembro apresentou seu parecer. Estabeleceu-se o prazo, a partir de 24 de novembro, de cinco sessões para Emendas ao Substitutivo. Sendo assim, pode ser que ainda neste ano o PL seja aprovado na Câmara e siga para o Senado.
- Tendo a CNseg como realizadora, aconteceu em setembro a 6ª Conferência de Proteção do Consumidor de Seguros, contando com a participação do Secretário Nacional do Consumidor (Senacon), Armando Luiz Rovai, da presidente do Procon-PR e presidente da Associação Brasileira de Procons, Claudia Francisca Silvano, e do presidente do Instituto de Pesquisas Jurídicas e Sociais (IPJUS), Ricardo Morishita Wada.
- Iniciativa do SINCOR-SP, o 17º CONEC (Congresso dos Corretores de Seguros), realizado em outubro sob o tema “Aprender, Empreender e Ser”, reuniu cerca de 6 mil profissionais. Os corretores discutiram os pontos mais importantes que impactam seu dia a dia e o do cliente, tendo como pano de fundo a atual conjuntura.
- Em outubro, duas novas circulares da SUSEP impactaram os ramos de Riscos de Engenharia e o seguro de Responsabilidade Civil D&O, respectivamente as de nº 540 e 541. Colocada em consulta pública em 12 de fevereiro de 2014, a 541 tem sido questionada por parte de profissionais especialistas na matéria, no sentido da segurança jurídica das empresas e da proteção dos segurados.
- Muito se tem falado na construção de uma agenda positiva do mercado segurador, coordenada pela SUSEP, em fase de discussão com as entidades do mercado, assinando que, unidos, os pares do mercado se tornam uma força única e maior.

Nota-se que toda a cadeia produtiva, com muita resiliência, empenha-se em ultrapassar as condições adversas atuais, com a crise econômica, política e de confiança que assola o país.

Agradecemos a participação de todos os articulistas desta edição que, com seus artigos, colaboram para o melhor entendimento de questões pontuais e oportunas.

Desejamos que 2017 seja celebrado com inovações de produtos e serviços que encantem o segurado.

CHRISTINA RONCARATI

novembro de 2016

Índice

- 3** EDITORIAL
Christina Roncarati
- 6** A IMPORTÂNCIA DO SEGURO NA ERA DO CONSUMIDOR CONSCIENTE
Eugênio Velasques
- 8** OBRAS E SEGURO NA PAUTA DO GOVERNO
Fábio Pinho
- 10** POR QUE NÃO É ARRISCADO FRAUDAR SEGUROS NO BRASIL?
Rodrigo Falk Fragoso
- 12** JORNADA DIGITAL EM SEGUROS: O CLIENTE NO CENTRO DA ESTRATÉGIA
Soraya Suzuki Tanikawa
- 14** O PAPEL QUE CABE AO IBRACOR
Gumercindo Rocha Filho
- 16** BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REVISÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO PAGO POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
Juliane Barboza dos Santos
- 22** A EFICIÊNCIA ECONÔMICA VS. IMPERATIVOS SOCIAIS E MORAIS
Felipe Bastos
- 33** O NÃO DIALOGO E A JUDICIALIZAÇÃO
Ana Rita Petraroli
- 36** O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL – ADVOGADOS E A CHANCE PERDIDA INDENIZÁVEL
Fábio José Possamai
- 46** SEGUROS D&O NO BRASIL E AS DETERMINAÇÕES IMPOSTAS PELA CIRCULAR SUSEP 541, DE 14.10.2016: *POSSÍVEIS REFLEXOS TÉCNICOS, JURÍDICOS E MERCADOLÓGICOS*
Walter A. Polido
Danilo R. M. Martins
- 74** GREEN BONDS: O MERCADO DE TÍTULOS VERDES E AS OPORTUNIDADES PARA O SETOR DE SEGUROS BRASILEIRO
Antonio Carlos Teixeira
- 83** NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O MERCADO DE SEGUROS
Antônio Barbutto Neto
Bárbara Bassani
- 99** A RECÉM-NASCIDA REGULAMENTAÇÃO DO SEGURO D&O – COMENTÁRIOS À CIRCULAR SUSEP Nº 541/2016
Fábio Amaral Figueira
Amanda P. Borges Três
- 102** CONFLITOS DE INTERESSE
Valeria Schmitke

Revista

Opinião.Seg

Número 13 – novembro de 2016

ISSN 2176-5944

A revista eletrônica Opinião.Seg é editada pela Editora Roncarati e distribuída gratuitamente.

EDITORA RONCARATI LTDA

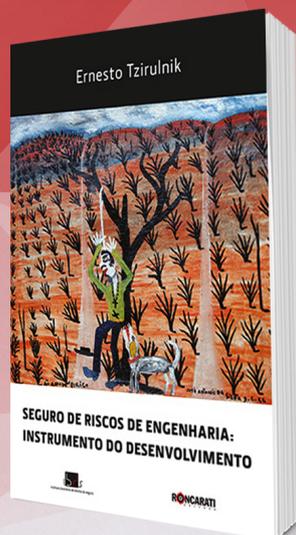
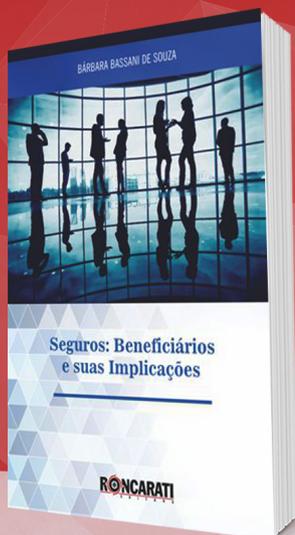
Fone: (11) 3071-1086

www.editoraroncarati.com.br

contato@editoraroncarati.com.br

Os textos publicados nesta revista são de responsabilidade única de seus autores e podem não expressar necessariamente a opinião desta Editora.

LEIA NOSSAS ÚLTIMAS PUBLICAÇÕES

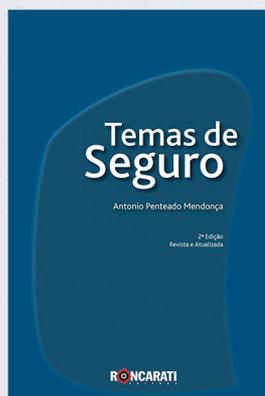


Seguros: Beneficiários e suas Implicações - Bárbara Bassani de Souza

O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro
Ernesto Tzirulnik - Flávio de Queiroz B. Cavalcanti - Ayrton Pimentel

Seguro de Riscos de Engenharia: Instrumento de Desenvolvimento - Ernesto Tzirulnik

I Congresso Internacional de Direito do Seguro - Vários colaboradores



Leia Também!

Contrato de Seguro e a Atividade Seguradora no Brasil: Direito do Consumidor - Walter A. Polido

Contrato de Seguro – Novos Paradigmas - Walter A. Polido

Temas de Seguro - Antonio Penteado Mendonça

A importância do seguro na era do consumidor consciente



EUGÊNIO VELASQUES

Diretor do Grupo Bradesco Seguros



A criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), há 26 anos, foi um marco para a sociedade brasileira, cada vez mais conhecedora de seus direitos e deveres na relação com fornecedores de produtos e serviços. O CDC, porém, fez mais do que proteger legalmente o consumidor. O Código transformou-se em importante ferramenta para os diferentes segmentos da economia, entre os quais o mercado segurador. Conhecer as demandas, as críticas e a forma como um produto ou serviço chega ao consumidor e como ele é tratado na sua relação com a empresa, são essenciais para o aperfeiçoamento das relações de consumo.

O caminho mais seguro para preservar as boas relações é o da transparência. É na troca sincera de informação, sobretudo a intermediada por veículos de comunicação – que cumprem o importante papel de serem pontes entre as empresas e seus diferentes públicos –, que todos crescemos, construímos relações melhores, fortalecendo o papel do consumidor e, portanto, a economia do País. Há motivos de sobra para comemorarmos essa caminhada, que nunca termina, mas que se aperfeiçoa a cada dia com o CDC.

Estamos convencidos de que, quanto mais consciente a população, inclusive dos

diferentes riscos a que está exposta, mais demandante será do mercado segurador, por exemplo. O seguro, sempre é bom ressaltar, oferece proteção não apenas a bens materiais, mas também à própria vida em seus diferentes aspectos, entre eles os da saúde e da previdência privada, ao proporcionar ao segurado uma vida ativa e um futuro com bem-estar tanto físico quanto financeiro. São questões que se tornam ainda mais fundamentais quando sabemos que a população brasileira tem avançado, de maneira crescente, em longevidade, assim como a medicina em tratamentos cada vez mais eficazes.

O mercado de seguros, isto é um fato, evoluiu na medida exata em que se ampliam as necessidades da população por proteção. É essa proteção que torna o setor importante para o amadurecimento do consumidor, no entendimento de suas demandas, na minimização dos efeitos sempre prejudiciais dos riscos aos quais todos estão expostos. O CDC estabeleceu ainda as bases para que o mercado segurador, procurando atender os consumidores nas suas necessidades, possa proteger um

bem, o qual o cidadão irá empenhar sua renda. Essa segurança permite ao consumidor investir sua renda em novos produtos ou mesmo atividades de lazer, fazendo girar a economia em vários segmentos.

O Grupo Bradesco Seguros tem muito orgulho de contribuir para a consolidação da cultura do seguro no Brasil, atuando em um setor estratégico para o desenvolvimento da sociedade como instrumento de defesa do consumidor, se assim considerarmos a proteção oferecida aos riscos a que todos estamos sujeitos. Neste ano, a nossa importante Área de Ouvidoria completou 14 anos de atuação, exercendo o papel de acolher opiniões, críticas e sugestões, que são tratadas com absoluta agilidade, senso de justiça, equidade, confidencialidade, e também com Códigos de Conduta Ética, disponibilizados a todos os públicos com os quais nos relacionamos. Trata-se de desafio diário e permanente, que implica melhorar a qualidade dos serviços prestados, manter elevado padrão de atendimento e gerar valor para os públicos de interesse.

Obras e seguro na pauta do Governo



FÁBIO PINHO

Presidente da Essor Seguros

Após os diversos episódios de desabamentos, inclusive de obras que visavam às Olimpíadas de 2016, resta-nos uma certeza: não podemos adiar mais os projetos de implantação de um processo na qualidade construtiva nas obras de infraestrutura no Brasil.

Além dos prejuízos financeiros, cidadãos estão perdendo a vida por conta de negligência técnica ou operacional dos maus construtores ou da ausência de fiscalização técnica por órgãos públicos responsáveis por estas obras.

Enquanto em países desenvolvidos existem seguros obrigatórios que trazem qualidade no processo construtivo e garantem, como consequência, todas as obras por dez anos, conferindo um selo de garantia e confiabilidade às construções e aos cidadãos, no Brasil apenas se discutem

alternativas que não mudarão o cenário em que vivemos.

Debatemos muito sobre a mudança da Lei de Garantia, mas tenho insistido e enfatizado que nada disso irá colaborar e melhorar a qualidade das construções. A Lei significa apenas um alívio ou conforto do financiador de que a obra será entregue. Mas a pergunta ainda sem resposta é: com que qualidade elas serão entregues? Se não existir preocupação quanto a isso, tudo irá por água abaixo, assim como as construções. Esse quadro catastrófico os cidadãos e empresários conscientes deste País não desejam mais.

Quando começamos a operar em 2012 tentamos sensibilizar todas as esferas governamentais e técnicas relacionadas à construção civil no Brasil. Trabalhamos em parceria com a CBIC – Câmara Brasileira da Indústria de Construção Civil na difusão

e cultura do Seguro Decenal, produto desenvolvido pela Essor e único que segue padrões internacionais de qualidade, aplicado a países desenvolvidos, como Espanha, França, Alemanha, onde são obrigatórios, e se desenvolveram há mais de quatro décadas, com êxito absoluto.

Não há fórmula mágica. O conceito é muito simples. Se há fiscalização da seguradora durante toda a obra, exercida por profissionais qualificados e isentos, que verificam os detalhes essenciais durante a construção, a possibilidade de algo dar errado é mínima. E caso aconteça algum imprevisto, o compromisso de averiguar e reparar é da seguradora. O interesse, portanto, é que tudo seja concluído dentro de padrões técnicos nacionais e internacionais.

O Governo atual tem se demonstrado sensível às nossas considerações, bem como

os bancos públicos. Estão tendo a visão objetiva e acertada de que o Seguro Decenal é parte integrante da melhoria da qualidade das construções brasileiras. Não será mais possível investir em obras que sequer são fiscalizadas corretamente.

A mudança de percepção é urgente. No caso da ciclovia Tim Maia, no Rio de Janeiro, a tragédia teria sido evitada caso houvesse o acompanhamento pela seguradora. A previsão é que esse tipo de seguro, nos próximos anos, tenha uma importância em obras de, aproximadamente, R\$ 2 bilhões no Brasil. O número é positivo, mas ainda há um longo caminho. E a receita é simples: prevenção de riscos; maior fiscalização e uma pitada de memória, para que as tragédias que aconteceram, finalmente, sirvam de lição e a cultura da prevenção de riscos seja o principal pilar do mercado de construção civil brasileiro.

Por que não é arriscado fraudar seguros no Brasil?



RODRIGO FALK FRAGOSO

Advogado e sócio do escritório Fragoso Advogados

Uma enquete com mil adultos constatou que 27% deles declararam conhecer alguém “que enganou sua companhia de seguros”. Não, o estudo não foi feito no Brasil, mas, acredite, na Finlândia!

As fraudes em seguros são universais. No Reino Unido, as seguradoras detectaram 130 mil sinistros forjados em 2014, somando R\$ 5,7 bilhões – aumento de 57% desde 2009. A *Association of British Insurers* estima que R\$ 7,4 bilhões em fraudes passem

despercebidos anualmente. Os alemães asseguram que mais da metade de perdas e danos de *smartphones* e *tablets* são fruto de má-fé. No Brasil, a fraude atinge 14% dos sinistros e, em 2015, somou R\$ 603 milhões, segundo a CNSeg.

Embora ocorra no mundo todo, a chance de o criminoso ser punido varia muito. O estelionato é crime previsto no Código Penal brasileiro, porém a (rara) punição só ocorre se for detectado, investigado e

Fragoso
Advogados

julgado, com a participação da seguradora, do policial, do promotor de justiça e do juiz.

Mas será que fraudar seguros aqui é arriscado? A experiência revela que a punição é pouco provável. Primeiro, por uma questão subjetiva: o brasileiro não enxerga como criminoso quem “apenas” frauda a seguradora.

Se o carro está desvalorizado, por que não receber um pouco a mais da seguradora? Sei que não deveria atear fogo ao veículo, mas a empresa não teria de pagar se o incêndio fosse real? Este tipo de raciocínio é um exercício de justificação que busca atenuar a imoralidade.

Uma coisa é certa: sinistros fraudulentos causam prêmios mais altos para clientes honestos.

Infelizmente, faltam *know how*, tecnologia e vontade política para punir esses crimes no país. Salvo raras exceções, a polícia só está preparada para fraudes simples. Neste momento de crise, a criação de delegacias especializadas é apenas um sonho. Mas nada impede que as seguradoras colaborem com a polícia, compartilhando softwares para detectar coincidências incomuns em sinistros, que têm sido úteis para identificar associações criminosas. Já passou da hora de se regulamentar a “investigação defensiva”, permitindo que acusados ou vítimas

de crimes possam obter informações de órgãos públicos e colher declarações de testemunhas, suprindo eventual negligência da polícia. Hoje, quem investiga crimes pode até parar na cadeia.

Finalmente, no Brasil, um juiz só pode condenar com base em provas periciais, documentais ou testemunhais – e não em indícios, a não ser que sejam tantos e tão óbvios que afastem qualquer dúvida razoável. Como o caso da oficina mecânica em SP que mantinha carros segurados para apresentar em boletins policiais forjados, como causadores de acidentes, e beneficiar clientes sem seguro. As coincidências de oficina, pessoas e localidade permitiram comprovar a armação.

Fraudar seguros no Brasil, hoje, não é arriscado. Mas há caminhos para se aprimorar o sistema. Os brasileiros devem se conscientizar de que o fraudador é um criminoso que merece ser punido. Seguradoras e polícia devem compartilhar dados e tecnologia. E as investigações devem ser mais eficientes para permitir a condenação dos fraudadores.

A Lava Jato mudou a forma de o brasileiro enxergar a corrupção, fazendo-o compreender que toda a coletividade é atingida. Está na hora de mudar a percepção social também sobre a fraude em seguros, que, como a corrupção, prejudica todos, indistintamente.

Jornada Digital em Seguros: o cliente no centro da estratégia



SORAYA SUZUKI TANIKAWA

Gerente de contas sênior da GFT, companhia de Tecnologia da Informação especializada em Digital para o setor financeiro

GFT ■

As seguradoras têm poucas oportunidades para encantar seus clientes. O contato com o segurado se inicia normalmente de forma indireta. Após a contratação, quando há alguma interação, ela ocorre na utilização de algum serviço oferecido na apólice ou em um sinistro. Será que é possível ampliar esses valiosos momentos?

As empresas têm apostado em iniciativas institucionais de forma a posicionar seu

cliente como centro da estratégia, que demonstram o interesse delas em fornecer produtos ou serviços que atendam às necessidades atuais de seus clientes, podendo até os surpreender antecipando futuras demandas.

A aplicação dessa disciplina de forma consistente multiplica os clientes satisfeitos, leais à marca, com potencial para adquirir novos produtos e fazer recomendações.

Mas, de forma geral, ainda é amplamente colocado pelos consumidores que o seguro é um “mal necessário”. Além disso, a qualidade de uma seguradora é normalmente percebida a partir da ocorrência de um sinistro. E quando ele não ocorre, a baixa interação entre segurado e seguradora torna mais difícil a fidelização do cliente.

Para viabilizar uma maior interação entre seguradora e cliente, são necessárias soluções digitais para ampliar o escopo de serviços prestados pela seguradora, tornando-a verdadeira parceira na gestão de riscos que fazem parte do dia a dia dos seus clientes.

As soluções digitais são necessárias e esperadas pelos segurados. Segundo o Global Digital Insurance Benchmarking Report 2015 da Bain & Company, 79% dos consumidores dizem que usarão o canal digital para interagir com a sua seguradora nos próximos anos. Vejamos alguns exemplos de ações proativas facilitadas pelo canal digital.

E se o nosso seguro saúde nos lembrasse, no momento correto, sobre a necessidade de realizar novamente os exames de rotina, aqueles que quase sempre esquecemos?

E se nossa previdência cuidasse do futuro de nossas famílias, aconselhando sobre formas simples de planejamento de longo prazo, dentro da realidade financeira atual, para melhorar a renda no momento da sua aposentadoria? O mesmo vale para planejar o futuro de cada um dos nossos filhos, auxiliando a entender o investimento necessário em educação.

O que esses exemplos têm em comum são jornadas digitais que antecipam as

necessidades do cliente e que oferecem soluções simples e adequadas para atendê-lo. Elas são construídas com a utilização de metodologias de levantamento das necessidades sob a ótica do cliente e proposição de interações digitais que atendam o objetivo de melhorar a sua experiência. Resultado: o segurado tem experiências surpreendentes.

As jornadas digitais que mantêm o cliente no centro podem ser voltadas para temas como sinistros, endosso, renovação, contratação de novos seguros, entre outros. Oportunidades aqui são infinitas.

Há impactos positivos em processos, produtos, metodologias de trabalho, colaboradores e parceiros. O ponto principal é que a ótica do cliente é a mais importante, sendo ela a direcionadora de todas as ações da empresa viabilizadas por meio do canal digital.

É imprescindível contar com equipes multidisciplinares, com profundo conhecimento em metodologias que estimulam o desenvolvimento de soluções a partir da ótica do cliente, como o Design Thinking. A boa notícia para tudo isso é que, atualmente, a tecnologia já se desenvolveu o suficiente para colocar em prática essas jornadas digitais.

Variações da estratégia podem eleger corretores, peritos, prestadores de serviços, oficinas e clínicas médicas como o centro das atenções. E cada um desses relacionamentos poderá se traduzir em jornadas digitais. Assim, aumentamos os públicos que se surpreenderão com essas novas experiências.

O papel que cabe ao IBRACOR



GUMERCINDO ROCHA FILHO

Advogado e Consultor Técnico. Foi Coordenador Geral e Chefe de Gabinete da SUSEP; e Consultor da FENACOR. Atualmente, é presidente do IBRACOR.



Um mercado autorregulado possui o grau de maturidade necessário para zelar por um atendimento adequado aos clientes, assegurando a boa imagem, o respeito e confiabilidade no corretor de seguros perante a sociedade.

E é isso que pretende o Instituto Brasileiro de Autorregulação do Mercado de Corretagem de Seguros de Resseguros de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta – IBRACOR, que foi criado por iniciativa da Fenacor e de praticamente todos os Sindicatos a ela filiados, mas não é uma entidade representativa do setor.

Ao contrário. O IBRACOR é uma entidade auxiliar da Susep, conforme determina a Lei Complementar 137, de 2010, e a autorização concedida pela autarquia em setembro de 2013. A sua principal atividade é orientar o associado, para que atue dentro das normas legais e regulamentares, adotando os padrões de conduta estabelecidos em seu Código de Ética.

O corretor pode se associar, como pessoa física, pessoa jurídica (se o corretor for o responsável pelas operações) ou, se preferir, em ambas as situações. Coerentemente com a legislação vigente, nosso sistema

permite a inscrição de tantas quantas forem as empresas que o corretor participe. São apenas duas as exigências para a associação: o corretor deve estar com o cadastro atualizado junto à Susep e ter aderido ao Código de Ética do IBRACOR.

O corretor associado recebe o “Selo de Qualidade IBRACOR”, uma garantia para o consumidor de que receberá uma adequada orientação, com os ditames da ética, previstos no citado Código.

Em verdade, os corretores nunca tiveram o suporte necessário por parte da Susep, que possui um quadro técnico altamente qualificado e competente, mas, em quantidade insuficiente para atender adequadamente todas as atribuições que lhe foram cometidas pela legislação em vigor.

A Autarquia lida com o corretor de maneira reativa. Normalmente, além de registrar os dados cadastrais, só entra em contato com o profissional quando há alguma denúncia. Mesmo nesses casos, em razão da pouca estrutura, a análise dos fatos se dá basicamente através de trocas de correspondências, o que nem sempre se revela o método mais adequado.

Assim, também no encaminhamento e exame desses casos, o IBRACOR poderá assessorar os associados, garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Mas, a consolidação de uma entidade, sem similar no mercado, é um processo lento. O Instituto, de fato, precisa ser melhor entendido pelos potenciais associados.

Estamos certos que haverá uma maciça adesão, pois lidamos com profissionais qualificados, éticos e responsáveis, que respeitam as normas existentes e são reconhecidos por desempenhar, com competência, o seu papel de assessor e consultor do segurado.

Por fim, uma excelente notícia: no início de dezembro, foi assinado convênio entre SUSEP e IBRACOR visando à execução de dois planos de trabalho: o recadastramento dos corretores de seguros e a distribuição das identidades profissionais (Pessoas Físicas) e das autorizações para o funcionamento de corretoras de seguros (Pessoas Jurídicas).

O passo seguinte será a edição de Circular da SUSEP dispondo sobre esses planos de trabalho.

Breves Considerações Sobre a Revisão Administrativa do Benefício Pago por Entidade Fechada de Previdência Complementar



JULIANE BARBOZA DOS SANTOS

Advogada em São Paulo, especializada em previdência complementar, líder da área de seguros previdência e saúde de Mattos Engelberg Advogados

Os regulamentos dos planos administrados por Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), quase que em sua totalidade, estabelecem a possibilidade de revisão administrativa e voluntária dos benefícios pagos aos assistidos, quando verificada a ocorrência de erro que possa aumentá-lo ou diminuí-lo. Como consequência desta previsão, as diferenças originadas a partir do pagamento indevido, sejam em favor dos assistidos (benefícios pagos a menor) ou sejam em favor da Entidade (benefícios pagos a maior), devem ser devolvidos àquele que foi afetado pelo erro.



Embora a devolução do que foi pago em excesso seja perfeitamente lícita e esteja expressamente prevista no Código Civil Brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, contudo, que as diferenças eventualmente devidas aos assistidos pelas EFPC, **não são suscetíveis de devolução, por se tratarem de verbas alimentares, pagas ao assistido com aparência de correção e definitividade (RESP nº 1.626.020)**¹.

¹ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO E TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ASSISTIDO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE.

Conforme consignado no voto da lavra do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva,

*“Não só os pagamentos dos benefícios da previdência pública **mas também os da previdência privada devem reger-se pelo postulado da boa-fé objetiva. Logo, se restar configurada a definitividade putativa das verbas de natureza alimentar recebidas pelo assistido, que, ao invés, de ter dado causa ou contribuído para o equívoco cometido pelo ente de previdência complementar, permaneceu de boa-fé, torna-se imperioso o reconhecimento da incorporação da quantia em seu patrimônio, a afastar a pretensa repetição***

NORMA DO REGULAMENTO. MÁ APLICAÇÃO. ERRO DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CORREÇÃO DO ATO. DEVOLUÇÃO DAS VERBAS. DESNECESSIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. BOA-FÉ DO BENEFICIÁRIO. APARÊNCIA DE LEGALIDADE E DEFINITIVIDADE DO PAGAMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se o pagamento a maior realizado pelo ente de previdência privada, seja por exclusiva inércia, seja por erro na interpretação e na aplicação de ato normativo, enseja o desconto das diferenças nas parcelas vincendas do benefício previdenciário complementar do assistido. 2. Apesar de os regimes normativos das entidades abertas e fechadas de previdência complementar e da Previdência Social diferirem entre si, possuindo cada qual especificidades intrínsecas e autonomia em relação à outra, o mesmo raciocínio quanto à não restituição das verbas recebidas de boa-fé pelo segurado ou pensionista e com aparência de definitividade deve ser aplicado, a harmonizar os sistemas. 3. Não só os pagamentos dos benefícios da previdência pública mas também os da previdência privada devem reger-se pelo postulado da boa-fé objetiva. Logo, se restar configurada a definitividade putativa das verbas de natureza alimentar recebidas pelo assistido, que, ao invés de ter dado causa ou ter contribuído para o equívoco cometido pelo ente de previdência complementar, permaneceu de boa-fé, torna-se imperioso o reconhecimento da incorporação da quantia em seu patrimônio, a afastar a pretensa repetição de indébito ou a alegação de enriquecimento ilícito. 4. Os valores recebidos de boa-fé pelo assistido, quando pagos indevidamente pela entidade de previdência complementar em razão de interpretação equivocada ou de má aplicação de norma do regulamento, não estão sujeitos à devolução, pois cria-se falsa expectativa de que tais verbas alimentares eram legítimas, possuindo o contrato de previdência privada tanto natureza civil quanto previdenciária. 5. Hipótese diversa é daqueles casos envolvendo a devolução de valores de benefícios previdenciários complementares recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada, pois, nessas situações, prevalecem a reversibilidade da medida antecipatória, a ausência de boa-fé objetiva do beneficiário e a vedação do enriquecimento sem causa. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1626020/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

do indébito ou a alegação de enriquecimento ilícito” (sic! – grifou-se).

Em que pesem os argumentos defendidos pelo STJ e, ainda, a relevância intrínseca ao princípio da boa-fé objetiva, o caso analisado pela Corte, por envolver uma relação jurídica estabelecida entre um assistido e uma EFPC, deveria ter sido julgado, também, sob a ótica do regime jurídico a que os Fundos de Pensão estão submetidos, especialmente no que tange à ausência de finalidade lucrativa destas Entidades.

Dentro do contexto próprio das EFPCs, qualquer desembolso pode trazer impactos, imediatos ou não, às patrocinadoras, aos participantes e aos assistidos, o que põe em xeque a impossibilidade de repetição do indébito, pois, na hipótese de existirem diferenças a serem restituídas pelos assistidos, a ausência de recomposição das reservas pode **comprometer a continuidade do pagamento do benefício e, em casos mais graves, comprometer a viabilidade da própria Entidade**, em prejuízo de todos os demais participantes e assistidos.

Essas questões, essencialmente relacionadas às características específicas das EFPCs, não foram considerados pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.626.020/SP, a despeito de constituírem ponto nevrálgico a determinar a repetição de indébito pelo assistido.

1. O Regime Jurídico das EFPCs como Fundamento Para Revisão Administrativa dos Benefícios Previdenciários e Repetição de Eventual Indébito

Nos estritos termos do art. 202, caput, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1.998, *“O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na*

constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar” (grifou-se).

Em outras palavras, são as reservas constituídas pelo participante ao longo do período de acumulação, por meio do pagamento das respectivas contribuições e dos rendimentos auferidos com a aplicação desses recursos, que irão responder pelo pagamento do benefício futuro, independentemente do tipo de plano de previdência complementar – se de benefício definido (BD), de contribuição definida (CD) ou, ainda, se de contribuição variável (CV).

A conclusão, a propósito, está perfeitamente alinhada ao disposto no art. 195, §5º, da mesma Constituição Federal – que é aplicável ao Regime Complementar de Previdência – segundo o qual **“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”** (grifou-se).

Por qualquer que seja a razão, portanto, se houver erro no cálculo do benefício previdenciário – seja no momento da sua concessão ou mesmo posteriormente, por meio, por exemplo, da aplicação equivocada de um percentual de reajuste –, fatalmente haverá um descasamento entre o que está sendo recebido pelo assistido e as reservas que foram constituídas para suportar o seu pagamento. E é por esta razão que, em geral, as EFPCs preveem no regulamento de seus planos a possibilidade de, voluntariamente, proceder à revisão do benefício, na hipótese de eventual indício de incorreção.

Vale mencionar que as EFPCs não possuem finalidade lucrativa, por determinação legal² (art. 31, §1º, da Lei Complementar nº

109/2.001), de modo que todo e qualquer recurso por ela auferido deve destinar-se exclusivamente à consecução de seus fins, qual seja, a execução de planos de caráter previdenciário³ (art. 2º, Lei Complementar nº 109/2.001).

Dentro deste contexto legal, se verificado que um assistido, por erro, está recebendo um benefício superior àquele que deveria estar recebendo, **a EFPC tem o dever** – não a faculdade –, de identificar e corrigir o erro o mais rapidamente possível, a fim de evitar que as reservas constituídas pelo participante se tornem insuficientes à garantia da obrigação assumida pela Entidade.

Exatamente pelas mesmas razões, tão logo o erro seja identificado, **a EFPC tem novamente o dever** – não a faculdade – de reaver os valores pagos em excesso a este assistido, como forma de recomposição da respectiva reserva garantidora do pagamento do benefício.

Se isto não ocorrer, os prejuízos eventualmente causados não atingirão apenas a EFPC em si, **mas todos os seus demais participantes e assistidos** que, direta ou indiretamente, deverão concorrer financeiramente para a complementação da reserva que se mostrar insuficiente.

Nada obstante, a despeito da ocorrência de um erro de cálculo, um dos assistidos será tratado de forma diferenciada em relação aos demais, na medida em que as regras estabelecidas para apuração do benefício, devido a cada um, **deverão ser aplicadas de forma indistinta a todos aqueles que estiverem inscritos no plano.**

membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores. §1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, **sem fins lucrativos.** (grifou-se)

3 Art. 2º. O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar **que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário**, na forma desta Lei Complementar.

2 Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente: I – aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e II – aos associados ou

Importante ressaltar que o erro de cálculo pode originar-se, inclusive, de ato praticado por terceiros. Nos planos de benefício definido, por exemplo, a revisão do benefício pago pela Previdência Social fatalmente gerará impactos para as EFPCs. E se não ocorrer a repetição do indébito, as consequências para as Entidades podem ser desastrosas, dada a predominância do mutualismo na garantia dos compromissos assumidos pelas EFPCs.

Um assistido não deve, pois, receber mais ou menos do que permite a reserva que ele próprio constituiu, com a colaboração ou não de seu empregador, independentemente de ter ou não concorrido para a ocorrência de eventual erro de cálculo. E seja ou não verba alimentar, é preciso que se leve em consideração, além da situação individual de cada um, a estrutura legal em que as EFPCs estão inseridas, na medida em que toda e qualquer insuficiência que, porventura, for identificada **deverá ser sanada por todos aqueles que estão inscritos no respectivo plano**, dada a ausência de finalidade lucrativa da Entidade.

Apenas a título de curiosidade e para reforçar a importância de uma análise mais pormenorizada, vale mencionar os recentes prejuízos causados por algumas empresas e administradores às maiores EFPCs do país⁴. Embora os déficits preliminarmente apurados tenham sido originados da prática de atos ilícitos, num primeiro momento, as próprias patrocinadoras, os participantes e os assistidos – embora tenham sido vítimas dessas práticas – deverão equacionar as insuficiências verificadas, independentemente da recuperação dos prejuízos pela EFPC junto àqueles que causaram referidos danos.

Vale mencionar, aliás, que as EFPCs têm o dever de apurar referidos prejuízos e adotar as medidas necessárias à reparação dos

danos, sob pena de responsabilização dos administradores da Entidade, no âmbito civil, administrativo e, eventualmente, o criminal.

2. O Erro como Gerador do Dever de Repetir o Indébito

No jargão jurídico, diz-se que erro não gera direito. E exatamente por isso, não parece correto admitir-se que, dentro do contexto apresentado acima, as EFPCs sejam impedidas de reaver o que foi pago erroneamente aos seus assistidos, ainda que se invoque, como justificativa, o princípio da boa-fé objetiva.

O Código Civil, em seu art. 876, estabelece que *“Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”*. Se há prova de que o pagamento em excesso foi feito erroneamente, o valor deve ser repetido, conforme disposto no art. 877, do mesmo diploma legal.

Além disso, Código Civil também especifica, de forma clara, as hipóteses em que a repetição não é possível^{5, 6 e 7} e, embora a boa-fé possa exercer alguma influência na aplicação da norma, **ela não constitui causa legal para afastar o dever de devolver aquilo que foi recebido a maior**.

A boa-fé objetiva não pode servir de fundamento para o enriquecimento ilícito, sobretudo porque, a partir deste entendimento, anular-se-ia outro princípio albergado pelo ordenamento jurídico brasileiro – tão importante quanto a boa-fé objetiva

5 Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.

6 Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

7 Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

4 Operação Greenfield, deflagrada pela Polícia Federal.

–, que é o da função social, estatuída no art. 421 do Código Civil⁸. Isto porque a ausência de repetição do indébito irradiaria seus efeitos sobre todos aqueles que estão inscritos no plano, ultrapassando a esfera jurídica das partes envolvidas (EFPC e o assistido que teve seu benefício calculado erroneamente).

Como já mencionado, as EFPCs não têm finalidade lucrativa. Não têm, portanto, outras fontes de custeio senão as reservas, provisões e fundos por ela administrados, constituídos na forma estabelecida na legislação, para fazer frente às obrigações assumidas.

Em caso de eventual insuficiência, portanto, todos os participantes e assistidos, além das patrocinadoras do plano, deverão concorrer para recuperação do equilíbrio financeiro, econômico e atuarial da EFPC.

A alegada “definitividade putativa das verbas”, tal como utilizada no acórdão, não pode, pois, ser utilizada como argumento a justificar a irrepetibilidade do indébito, já que, se havia aparência de correção no pagamento e expectativa de que o acréscimo fosse definitivo, o assistido não só estaria isento de devolver o que lhe foi pago a maior como, ainda, poderia defender a impossibilidade de que o erro fosse corrigido.

Não bastasse isso, haveria desigualdade entre o tratamento dispensado pela EFPC àquele assistido que foi beneficiado pelo erro e aos demais participantes e assistidos, que estão submetidos exatamente às mesmas regras regulamentares. No fim do dia, todos acabarão responsáveis pela recomposição das reservas que, em última análise, garantirão a continuidade do benefício daquele que recebeu valores indevidamente.

⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (grifou-se)

3. Conclusões

Sob qualquer ângulo, é possível constatar que o entendimento adotado pelo STJ, com o devido respeito à Corte, não pode aplicar-se às EFPCs, dadas as suas características específicas. Assim como se deve privilegiar a boa-fé objetiva, deve-se também reconhecer que as EFPCs têm uma importante função social a cumprir, o que compreende, dentre outras obrigações, o zelo pelos recursos confiados a Entidade, dada a sua finalidade precípua de viabilizar o pagamento dos benefícios previdenciários.

Esses recursos, como cediço, compõem a poupança popular.

É inquestionável que o indébito, em casos como o debatido no presente artigo, conserva a natureza de verba alimentar, mas este argumento não pode servir de justificativa para deixar-se de reaver o que foi pago em excesso, até porque, seguindo-se o entendimento manifestado no acórdão que julgou o RESP nº 1.626.020, a EFPC fatalmente acabará por beneficiar alguém duas vezes, em detrimento dos demais participantes e assistidos.

A questão não pode ganhar contornos individualistas – o que o Código Civil, inclusive, objetivou combater em vários de seus dispositivos, especialmente o art. 421. Não se nega que o assunto seja complexo, mas o regime jurídico a que as EFPCs estão submetidas, bem como as características da atividade por elas exercidas são incompatíveis com a solução do caso sob a ótica exclusiva e individual do assistido.

Vale mencionar, ainda, que se a repetição de indébito estiver textualmente prevista no regulamento do plano, como consequência do processo administrativo de revisão do benefício, **a EFPC não pode deixar de proceder à correção do erro e requerer o pagamento do que foi pago a maior, sob pena de ser**

administrativamente responsabilizada pela PREVIC, pelo descumprimento da norma regulamentar.

Por essa razão, a prevalecer-se o entendimento manifestado pelo STJ, as EFPCs terão que adequar as suas práticas e revisar os regulamentos dos planos por ela administrados, já que eventuais disposições neste sentido, se aplicadas, poderão ensejar questionamento judicial por parte dos assistidos que forem prejudicados.

Diante dos argumentos já expostos e com a devida vênia ao entendimento defendido pelo STJ, admitir-se a revisão administrativa do benefício sem que se permita a repetição do indébito, além de se tratar de solução em desacordo com a legislação em vigor, pode trazer impactos relevantes para as EFPCs, na medida em que eventual insuficiência deverá ser suportada por todos os participantes e assistidos do plano de benefícios.

A Eficiência Econômica vs. Imperativos Sociais e Morais



FELIPE BASTOS

Sócio Fundador de PBVS Advogados; Ex-Sócio de Capital e Coordenador da Área de Prática de Seguros de Veirano Advogados; Mestre em Direito (LL.M., com honras acadêmicas) pela University of Virginia School of Law, EUA; Pós-graduado (MBA) em Direito Securitário pela Escola Superior Nacional de Seguros – Funenseg; Bacharel em Direito pela UERJ.

A Eficiência Econômica vs. Imperativos Sociais e Morais (Redistribuição de Risco) na Classificação de Risco pela Seguradora. Quando Discriminar é Lícito e Desejável. O Caso da Variação do Preço por Mudança de Faixa Etária

Introdução

Os conflitos surgidos entre práticas adotadas no mercado segurador e decisões



PIMENTEL · BASTOS · VEGA · SMILGIN
ADVOGADOS

proferidas no âmbito do Poder Judiciário em matéria securitária são tão antigos quanto a própria atividade organizada de comercialização de seguros.

De uma parte, não chega a ser incomum que decisões judiciais causem profunda perplexidade em operadores do mercado de seguros. Protestos veementes são frequentes quanto à falta de compreensão da magistratura a respeito dos aspectos

técnicos e econômicos subjacentes à operação securitária. De outra parte, é igualmente comum que decisões judiciais nesse campo critiquem de forma não menos intensa comportamentos adotados por seguradoras.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Aliás, não seria exagero dizer que é universal.

Operadores do mercado de seguros e operadores do direito costumam focalizar diferentes tipos de problemas e priorizar tipos de questões distintas. No fundo, pensam diversamente – *i.e.*, seguem diferentes padrões de discurso racional – porque se “movem” em planos de análise distintos: *ser e dever ser*.

Muitas vezes normas ou decisões impregnadas por imperativos sociais e morais que tencionam induzir ou moldar condutas não surtem os efeitos desejados e, não raramente, têm reflexos econômicos contrários ao objetivo original. Nesse artigo cuidaremos da tensão entre a busca pela máxima eficiência econômica que guia o mercado de seguros e o olhar típico dos operadores de direito, permeado também por forte carga social e moral. A título de exemplo concreto, examinaremos esse embate na evolução jurisprudencial do sistema de reajuste de prêmios e contribuições por variação de faixa etária.

Notas sobre a Classificação de Riscos pelas Seguradoras

“Most social institutions work better if the people affected perceive them as fair. (...)”

Fairness between insurance buyers in general implies that there should be a fair distribution of the risks insured.”¹

Como se sabe, seguro é um dos vários métodos de gerenciamento de riscos

disponíveis no mercado. Um dos mais importantes e bem-sucedidos, mas apenas um deles. Exemplos de outros métodos de gerenciamento de riscos há vários. Incluem-se dentre eles mecanismos de controle de risco, com investimento em medidas de prevenção de risco (e.g., instalação de sistemas de alarme contra o risco de furto; a instalação de detectores de fumaça, extintores de incêndio e sprinklers como forma de combate a fogo; a instalação de GPS via satélite em veículos contra o risco de furto ou roubo, investimento em treinamento de pessoal para evitar danos em equipamentos ou acidentes com danos à integridade física etc.); o autosseguro, como uma forma de retenção do risco no qual a pessoa (ou uma entidade do mesmo grupo) pode reservar um fundo, uma conta financeira específica, bem como respectivos rendimentos financeiros, para lidar com possível perda; investimentos em produtos financeiros específicos (títulos de crédito, dentre outros); investimentos em produtos ou bens substitutos aos que seriam cobertos etc. As pessoas podem até mesmo não fazer nada para gerenciar o dito risco.

Existem segurados expostos a um risco maior de serem sinistrados e segurados sujeitos a um risco menor. Nada mais natural. Na prática, os prêmios dos seguros refletem a classificação de riscos feita pelas seguradoras. Quanto mais precisa e profunda forem as atividades de análise e classificação de riscos pela seguradora, mais apta ela estará a cobrar dos segurados o preço mais adequado ao grau de risco que eles individualmente de fato oferecem.

Adicionalmente, demonstra a teoria econômica que uma adequada classificação de riscos permite que indivíduos expostos a menos riscos possam pagar mais barato pelos seus seguros, ao passo que daqueles expostos a graus mais elevados de riscos naturalmente seja imposto um custo mais elevado, compatibilizando-se, assim, grau

¹ CLARKE, Malcolm A. *Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 290.

de risco e valor de prêmio. Isto é incentivado por um fenômeno identificado na literatura como *seleção adversa*².

É que, sob a ótica da seguradora, a inexistência de informações completas acerca das características do que está sendo segurado impede a correta estimativa do risco. O resultado é que os produtos ofertados (os seguros) são comumente vendidos a preços ou qualidade inadequadas. Caso os valores cobrados sejam percebidos pelos segurados como muito elevados (ou na hipótese de alguns segurados se entenderem subsidiando os segurados mais expostos a riscos), nota-se uma tendência de fuga do seguro por parte dos segurados sujeitos a menores riscos – ou seja, justamente os segurados mais cobçados pelas seguradoras.

Afinal, não é demais lembrar que, caso o preço de uma determinada linha de seguro esteja muito elevado, pessoas podem (e, em tese, deveriam racionalmente) se valer de outros mecanismos disponíveis de proteção contra os riscos. Assim, uma correta classificação de riscos poderia permitir, no limite, que mais pessoas adotassem o seguro como mecanismo de gerenciamento de riscos em detrimento dos outros métodos.

Ora, se o principal problema observado é informacional (o tipo de indivíduo segurado não é perfeitamente observável), resta às seguradoras em alguma medida “adivinhar” o risco ao qual o segurado está exposto com base em comportamentos observáveis de forma a classificá-lo.

Porém, essa tarefa de classificação de riscos tem limites econômicos intrínsecos. Angariar dados, investigar informações

pertinentes a um segurado, tratá-los, processá-los, criar estatísticas, analisá-los, tudo leva tempo e, mais importante, tem custo. E este custo não é pequeno.

Para além disso, ao compatibilizar a relação risco x prêmio, a boa classificação de riscos tende, como visto, a ocasionar o aumento relativo do prêmio do seguro para o sujeito mais exposto ao risco. Decorrência lógica disso é que a classificação de riscos aumenta as chances de que estes sujeitos (mais expostos ao risco de sinistro) pensem duas vezes antes de contratar o seguro ao valor de prêmio oferecido. Como vimos, eles poderão pensar em recorrer a outros métodos de gerenciamento de riscos porventura mais baratos (ou a seu juízo com melhor relação custo-benefício) ou, como também acontece bastante, simplesmente não fazer nada – vale dizer, não gerenciar o risco em questão.

O dilema que se põe, portanto, é o seguinte: sem uma classificação acurada, os indivíduos sujeitos a riscos menores de sinistro (uma parte deles, pelo menos) podem deixar de contratar; com uma classificação mais profunda e refinada, são os sujeitos mais expostos a riscos (ou parte deles) que acabarão não contratando. O que fazer então?

Sob o prisma técnico-securitário, a resposta mais óbvia parece sugerir escolher a opção que promova a manutenção dos segurados de menor risco de serem sinistrados.

Mas a resposta não é tão simples assim. Em determinadas situações, esse resultado pode não ser social ou mesmo comercialmente desejável. Por questão de política pública, pode ser interessante para a coletividade induzir ou facilitar o acesso ao seguro para um determinado sujeito ou grupo de sujeitos mais expostos a riscos. E do ponto de vista comercial, pode ser interessante para a seguradora ampliar sua base de segurados.

Examinaremos essa questão adiante.

2 A seleção adversa é um fenômeno que ocorre quando as decisões de um indivíduo (no caso, a decisão do segurado contratar e da seguradora oferecer o seguro) dependem de informações privadas que afetam de modo adverso o outro participante da relação. Em particular, ele ocorre porque as seguradoras não conseguem distinguir o tipo de segurado antes de iniciar a relação contratual.

Maximizando a Eficiência na Classificação de Riscos

Sob o ângulo financeiro, a classificação de risco, como qualquer outra técnica, somente fará sentido se passar no teste do *custo-benefício*. Na prática, isso significa verificar qual resultado operacional será melhor no médio e no longo prazos: se o resultado com uma classificação de riscos mais refinada ou menos refinada (porque presume-se que algum nível de classificação sempre haverá).

E como fazer esse cotejo?

Simplificadamente, deve-se comparar, de um lado, o volume de vendas de seguros com uma classificação mais refinada (atraindo mais sujeitos de baixo risco), somado ao volume de pagamento de indenizações (levando-se em conta a provável economia proporcionada pela classificação mais refinada), descontados os custos mais elevados da classificação mais refinada em si; com, de outro lado, o volume de vendas de seguros com uma classificação menos refinada (atraindo mais sujeitos de maior risco), somado ao volume de pagamento de indenizações (levando-se em conta uma provável perda maior decorrente de uma classificação menos refinada), descontados custos mais baixos da classificação menos refinada em si.

Em suma:

Classificação Mais Refinada	Classificação Menos Refinada
<i>Volume de Vendas</i> - depende da verificação no caso concreto	<i>Volume de Vendas</i> - depende da verificação no caso concreto
<i>Perdas com Indenizações</i> - tendem a ser menores	<i>Perdas com Indenizações</i> - tendem a ser maiores
<i>Custos com Classificação</i> - serão certamente maiores	<i>Custos com Classificação</i> - serão certamente menores

O balanço geral dessa comparação somente no caso concreto será possível apurar.

No fundo, ao contrário do que o leigo – ou de quem parou a leitura antes deste ponto

– poderia imaginar, não será eficiente para a seguradora investir na classificação mais refinada possível de acordo com as melhores técnicas disponíveis, as técnicas do estado da arte. Não. Há um limite ideal para isso.

Para utilizar o jargão econômico, a classificação de risco atingirá o seu ponto ótimo de eficiência quando o seu custo marginal igualar o seu ganho marginal. Em outras palavras, enquanto o custo incorrido pela seguradora para conseguir atrair um novo indivíduo com baixo risco de sinistro for inferior ao lucro produzido por essa tarefa de modo a justificar buscá-lo e classificá-lo (os custos de busca e classificação não superam ainda os benefícios), será desejável para a seguradora fazer a análise. No momento em que o custo igualar o benefício auferido, a seguradora terá atingido um ponto de equilíbrio e, para além desse ponto, a seguradora operará com desperdício – perderá, portanto, eficiência.

Assim, a classificação de riscos não deverá ocorrer até o máximo possível, mas sim até o ponto ótimo em termos de custo-benefício. Resulta daí que as classes de risco, por mais específicas que sejam, serão formadas por grupos relativamente uniformes de segurados, mas ainda sempre com alguma dose (tendencialmente pequena, mas existente) de heterogeneidade no que tange à exposição a riscos. E, geralmente, dentro desses grupos, os segurados pagarão valores equivalentes ou praticamente equivalentes. Dessa forma, dentro de uma determinada classe de risco, haverá sempre alguma variação de risco e, conseqüentemente, algum subsídio cruzado entre os menos expostos a sinistros e os mais expostos, com aqueles pagando a mais e estes últimos a menos, ocasionando uma *redistribuição de riscos* dentro da classe.

Nota-se, por conseguinte, que algum grau de redistribuição de riscos sempre

ocorrerá, pois não faz sentido para a seguradora exacerbar a busca pela eficiência para além do ponto ótimo descrito acima. Uma classificação de risco bem executada reduzirá esse grau – e, com efeito, a redistribuição de risco dentro da classe – a um nível baixo.

Quanto menos eficiente for a classificação de risco desempenhada pela seguradora, é plausível concluir que maior será o grau de redistribuição de risco (*i.e.*, de subsídios cruzados) entre segurados, aumentando assim de maneira indesejável para a seguradora o risco de evasão dos segurados sujeitos a menores riscos de sinistros, conforme explicitado.

Em linhas muito gerais, é por essas balizas técnico-econômicas que as seguradoras pautam (ou deveriam pautar) sua atividade de seleção/classificação de riscos dos segurados e proponentes de seguros.

Por um lado, uma classificação de riscos adequada (eficiente) contribuirá para o equilíbrio atuarial das múltiplas classes que se formam dentro das carteiras das seguradoras, colaborando decisivamente para a manutenção da sua solvabilidade e da saúde financeira dos seus negócios. A adequada classificação de riscos auxilia sensivelmente para tornar a seguradora competitiva frente a seus pares e também na competição travada entre a seguradora e aqueles outros vários métodos de gerenciamento de risco apontados no início do texto.

Por outro lado, uma classificação de riscos inadequada ou insuficiente – logo, ineficiente – pode gerar incidentalmente uma evasão de segurados de baixo risco, deixando a seguradora com um universo de segurados de alto risco e, pior, muitas vezes pagando pela média do grupo quando ele era composto também por segurados expostos a riscos menores, descompensando a classe e eventualmente a própria carteira.

Conforme se verifica, e em resposta à indagação formulada anteriormente, sob o espectro técnico-econômico, as seguradoras têm diversos incentivos de mercado para proceder à classificação de riscos com uma boa dose de refinamento, idealmente até o ponto de equilíbrio de eficiência.

Maximização da Eficiência Econômica Versus Imperativos Sociais e Morais (Redistribuição de Riscos)

Se no plano comercial-econômico a questão se cinge a números e resultados, a busca pelo patamar ótimo de eficiência e equilíbrio também não assume ares absolutos. Sob as dimensões social e moral diversos outros fatores são levados em consideração pelo legislador, pelas autoridades regulatórias e pelos tribunais (em suma, pelo operador do direito) para impor limites jurídicos à atividade de classificação de risco de seguradoras.

Esses atores, responsáveis pela criação, execução e interpretação de normas jurídicas, ponderam outros fatores para determinar se convém permitir que as seguradoras levem a classificação de risco ao extremo de praticamente expungir em razão de preço grupos inteiros de indivíduos mais vulneráveis ao risco da possibilidade de obterem cobertura securitária.

Nesse passo, normas jurídicas de estatura constitucional, a começar pelo princípio da isonomia, proíbem que a atividade técnica de classificação de risco se baseie em critérios discriminatórios juridicamente reprováveis.

Na ordem jurídica vigente não seria aceitável qualquer forma de classificação de risco de segurados baseada, por exemplo, em distinção de raça ou de etnia.³ No

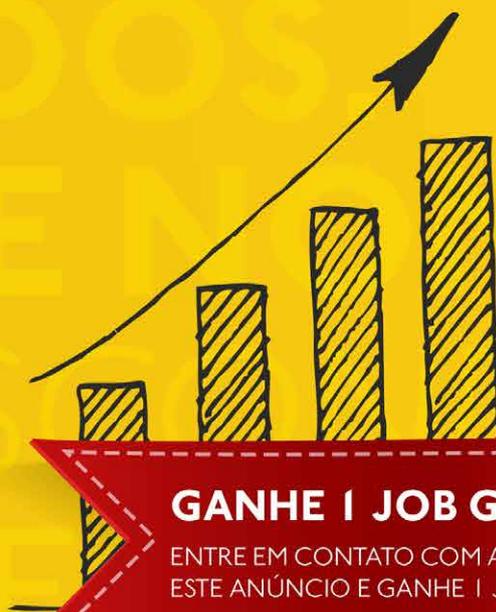
³ Para um estudo detalhado a respeito da discriminação em virtude de gênero no contrato de seguro, confira-se JUNQUEIRA, Thiago Villela. “Notas sobre a Discriminação em Virtude do Sexo e o Contrato de Seguro”, Direito dos

fator

mkt&propaganda



**COM ESSE NOME NÃO
DÁ PRA ESCONDER,
A GENTE FAZ QUESTÃO
DE RESULTADOS.**



GANHE 1 JOB GRÁTIS

ENTRE EM CONTATO COM A GENTE, CITE
ESTE ANÚNCIO E GANHE 1 JOB DEGUSTAÇÃO*

*Sujeito a avaliação.

www.fatorpropaganda.com.br/

(11) 3664-7007 . 3662-2910 - Rua Monte Alegre 212 cj. 21- Perdizes . São Paulo . SP

sistema jurídico pátrio atual, essa é uma questão inegociável. Portanto, não seria tolerado que uma seguradora precificasse um mesmo seguro de forma diferente de acordo com a cor da pele ou a etnia do segurado, mesmo que, sob um enfoque estritamente técnico fosse possível, por hipótese, obter estatística correlacionando tais fatores com um eventual aumento ou diminuição de risco segurável. Discriminação baseada nesses elementos ofenderia a ordem pública interna.⁴

É importante notar, entretanto, que assim como o conteúdo da ordem pública é dinâmico, a relação entre o ordenamento jurídico e a realidade econômica não é estática. Nesse sentido, muito embora a maioria dos operadores do direito enxergue as normas como determinantes fundamentais do comportamento dos agentes econômicos, isso não pode ser visto como uma forma de determinismo. Com o passar do tempo, o próprio comportamento dos indivíduos também modifica as normas.

O Caso do Reajuste de Preço do Plano de Saúde por Variação de Faixa Etária

A propósito do exposto acima, o direito securitário é pródigo em exemplos. Experiência interessante diz respeito à evolução jurisprudencial acerca da legalidade da cláusula de reajuste por mudança de faixa

etária dos planos de saúde no caso de beneficiários idosos.

Em síntese apertada, o contexto normativo era o seguinte. A Lei nº 9.656/98, vulgarmente apelidada de Lei dos Planos de Saúde, permitiu em seu art. 15 a variação das contraprestações aos planos de saúde em razão da idade do beneficiário condicionada a que fossem observadas as normas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.^{5 6}

Em janeiro de 2004 entrou em vigor a Lei nº 10.741, que instituiu o Estatuto do Idoso. O §3º do seu art. 15 veda expressamente a discriminação da pessoa juridicamente idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.⁷ Tal norma é e sempre foi, por sua natureza e conteúdo, considerada de ordem pública e aplicação imediata, não podendo ser derogada pela vontade das partes no contrato.

Inicialmente, a maior parte dos tribunais, especialmente o E. Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), reiteradamente assumiu o posicionamento de que, no conflito entre a Lei os Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso, prevalecia este último.

Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor / Coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 291-316.

4 Independientemente de serem discriminações odiosas *per se*, existe vasta literatura questionando –reputando suspeitas – as correlações estatísticas feitas com base em tais critérios. Alegam-se que, ao fim e ao cabo, nunca são a raça ou a etnia os fatores de risco, mas, sim, eventuais aspectos socioeconômicos relacionados aos tipos existentes. Por exemplo, porque o número proporcional de negros vivendo em bairros mais modestos e violentos é maior do que de brancos, o risco de furto de automóvel nesses bairros costuma ser maior. Mas não há, no fundo, verdadeira causalidade entre raça e aumento de risco.

5 Redação original: “Art. 15. É facultada a variação de contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNSP.

Parágrafo único. É vedada a a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos.”

6 Redação atual: “Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.”

7 “§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

A cláusula de reajuste de preço por faixa etária vinha sendo considerada abusiva e, portanto, nula à luz do art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso. Cite-se, como exemplo, a ementa do acórdão prolatado no AgRg nos EDcl no REsp 1113069/SP, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti:

“AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA (IDOSO). INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO E DE ABUSIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

A jurisprudência deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação.

Agravo regimental improvido.” (grifou-se)⁸

Como se vê, o E. STJ entendia que o reajuste por faixa etária para beneficiários com 60 (sessenta) anos ou mais configurava discriminação ilícita e, por conseguinte, abusiva. A impossibilidade de reajuste de preço para essa grande faixa de beneficiários implicava, na prática, redistribuição de risco (subsídio cruzado) entre os beneficiários mais jovens e os beneficiários idosos. O resultado era perda de eficiência técnico-econômica, com desoneração dos beneficiados subsidiados e oneração dos demais.

No limite, conforme explicitado, esse quadro tenderia a conduzir à evasão pelos mais jovens (e mais onerados) do plano de

saúde, acentuando o desequilíbrio do plano como um todo.

Pois bem. Ocorre que, a partir de 2011, surgiram mais e mais decisões divergentes. Principalmente a partir de 2014, o E. STJ passou a admitir a convivência harmônica entre o art. 15 da Lei dos Planos de Saúde e o art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso.

Mudando o seu entendimento majoritário anterior, a Corte passou a aceitar como lícita a cláusula contratual de reajuste por mudança de faixa etária em relação ao juridicamente idoso. O tribunal reconheceu como dado de realidade que a demanda de serviços assistenciais crescia nessa classe de beneficiários, justificando a diferença de tratamento em termos de preço.

Dita cláusula deixou de ser reputada, portanto, como discriminatória *per se*. Confira-se um exemplar desses julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Nos contratos de plano de saúde, os valores cobrados a título de mensalidade devem guardar proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados.

2. O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado.

Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser

⁸ No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados: AgRg no AREsp 257.898/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 25/11/2013, AgRg no AREsp 440.698/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 03/06/2014, REsp 989.380/RN, 3ª Turma, minha relatoria, DJ 20.11.2008 e AgRg no AREsp 202.013/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 26/03/2013.

interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto.

3. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com a demanda, preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal.

4. Agravo provido em parte para se dar provimento ao recurso especial.”

(AgRg no REsp 1315668/SP, Terceira Turma, Ministro relator João Otávio de Noronha, DJe 14/04/2015 – grifou-se)

A seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, o qual prevaleceu por maioria na turma julgadora, desenvolve os fundamentos da decisão:

“No que diz respeito ao reajuste em questão, quando do julgamento do REsp n. 1.381.606/DF, também da relatoria da Ministra Nancy Andrighi e cuja discussão é idêntica à destes autos, apresentei voto-vista no sentido de que **a cláusula de reajuste por faixa etária nos planos de saúde são legais quando guardam proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados.** Portanto, adoto aqui os mesmos fundamentos daquele voto.

Afirmo que os planos de saúde tomaram vulto nos últimos anos, pois preenchem as frestas deixadas pelo Estado na assistência à saúde, trazendo aos usuários melhores possibilidades de assistência à saúde, constituindo-se em serviços de relevância social. Em razão disso, encontram no Judiciário meios de balizar os conflitos de interesses que naturalmente surgem entre as partes.

Essa resposta do Judiciário deve ponderar uma série de questões. Melhor esclareço: **o cerne da demanda é o reconhecimento de impossibilidade de reajuste das mensalidades do plano de saúde a partir de quando o usuário completa 60 anos. Essa restrição, se implementada, tem um custo, já que alguém terá**

de suportar, em termos financeiros, a maior demanda dos idosos pelos serviços prestados, sem a respectiva contraprestação financeira.

No sistema sócio-econômico brasileiro atual, os meios de produção são, em sua maioria, de propriedade privada. Assim, todo serviço oferecido à sociedade tem um custo gerado com base nesse sistema, de forma que elementos como custos, percentual de lucro e preços dos produtos são calculados conforme a capacidade da absorção do público-alvo, levando-se em conta sua necessidade e possibilidade de pagamento, bem como a expectativa de lucros do fornecedor.

Assim, os planos de saúde são cobrados conforme a demanda dos usuários e ajustados de forma que aquele que mais se utiliza do plano, arque com os custos disso. Isso se faz por previsões. Daí o critério de faixa etária.

TAL FATO NÃO É DISCRIMINATÓRIO, POIS NÃO SE ESTÁ ONERANDO UMA PESSOA PELO SIMPLES FATO DE SER IDOSA, MAS POR DEMANDAR MAIS DO SERVIÇO OFERTADO.

A discriminação, que é ato coibido por lei, é fomentada pelo preconceito, que, por sua vez, localiza-se na esfera da consciência do indivíduo e, ao ser externado, acaba por ferir direitos positivos.

Nesse sentido, se considerado que os aumentos dos planos de saúde visam cobrir a maior demanda, não se pode falar em discriminação, que somente existiria na hipótese de o aumento decorrer, pura e simplesmente, do advento da idade. Aí sim, seria violado o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso.

Outra hipótese de ferimento de disposições do Código de Defesa do Consumidor ocorre quando os reajustes são abusivos, no sentido de o segurador ou administrador do plano aproveitar-se do advento da

idade do segurado para aumentar lucros, e não simplesmente para cobrir despesas ou riscos maiores.” (grifou-se)

Nota-se no aresto uma marcante preocupação em assegurar a simetria entre as demandas por serviços assistenciais (em uma palavra: riscos) e a contrapartida financeira correspondente (o preço). Ou seja, o equilíbrio na classificação de riscos.

Na questão do reajuste de preço por variação por faixa etária, os imperativos morais e sociais que beneficiavam os juridicamente idosos, que se projetavam com enorme força nos anos que se seguiram ao advento do Estatuto do Idoso, perderam espaço com o passar do tempo para a eficiência econômica, diante da necessidade de preservação do equilíbrio atuarial dos planos de saúde.

Esse diálogo entre, de um lado, imperativos morais e sociais, e, de outro lado, eficiência econômica é uma constante nos conflitos securitários. Compete aos tribunais, ao criar a norma jurídica no caso concreto – e aí repousa o grande desafio –, conhecer e ponderar com sabedoria os efeitos práticos projetados das decisões em cada um desses polos de interesse, reconhecendo que os agentes privados, no mais das vezes, se conduzem inspirados fortemente por aspectos econômicos.

Conclusão

“A ideia é trazer a operação de seguro e o mutualismo que a sustenta para o centro do debate, de modo que todos possam compreender que quando se trata de seguro o contrato pode até ser individual, mas a responsabilidade sempre será coletiva.”⁹

A maioria dos operadores do mercado de seguros ignora que o sistema jurídico

não é um conjunto caótico de normas isoladas entre si, havendo uma integração sistemática entre as diversas normas componentes do ordenamento jurídico que determinam o sentido em que uma norma (ou conjunto de normas) será interpretada e aplicada pelos operadores do direito.

A análise econômica, portanto, não pode ignorar que a própria estrutura do sistema jurídico, impregnado por elementos sociais e morais, impõe um limite para o uso instrumental da busca por eficiência.

Entretanto, os operadores do direito devem também ter a compreensão de que a edição de uma norma isolada e descolada da realidade econômica pode não surtir os efeitos desejados, ou mesmo acarretar efeitos indesejados à medida em que o sentido concreto de sua aplicação é moldado por sucessivas ações dos agentes.

Assim, será infrutífera a busca de determinado objetivo por meio da manipulação isolada e a fórceps de uma norma descon siderando suas relações sistemáticas com outros elementos da realidade econômica.

Em matéria securitária, convém que essa preocupação esteja sempre presente e seja bem balanceada.

O caso do reajuste das contribuições pecuniárias dos idosos por mudança de faixa etária demonstra uma mudança relevante – e poderíamos dizer que uma evolução – da postura adotada pelo E. STJ na compreensão dos aspectos econômicos, notadamente à tão fundamental classificação de riscos, subjacentes à operação de seguros. Especificamente no que diz respeito a tal matéria, em nosso sentir, a Corte progrediu de forma notável.

De início, ela adotava um espectro de visão estreito e desconectado da realidade econômica na interpretação do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, desprezando por completo o conceito do reajuste para os sexagenários em diante. Como consequência,

9 CARLINI, Angélica L. “A Proteção do Consumidor de Seguros e a Construção da Relação de Confiança”, in *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Org. Angélica L. Carlini e Ricardo Bechara Santos. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p. 81.

a nosso ver, exagerava na proteção dessa classe de sujeitos de direito, incentivando, inconscientemente, a fuga dos planos de saúde por parte daqueles que forçosamente pagavam a mais, pois eram obrigados a subsidiar os beneficiários idosos. Com o passar dos anos, esse tipo de decisão fomentadora de uma acentuada redistribuição de risco contribuiu para, no plano coletivo, descompensar do ponto de vista atuarial o mutualismo em que se fundam planos de saúde e, no limite, torná-los pouco viáveis.

Uma nova onda de decisões judiciais mais atentas a aspectos econômico-financeiros das operações privadas dos planos de saúde tem servido para reequilibrar essa balança, ajustando esse descompasso, mas sem desproteger demasiadamente os idosos.

É fundamental ter presente que a chancela judicial à possibilidade de reajuste de contribuições por mudança de faixa etária também para idosos não cria para as operadoras de planos de saúde liberdade plena nesse particular. Cláusulas contratuais que prevejam reajustes excessivos conforme o avançar da idade dos beneficiários poderão (e deverão) ser sempre passíveis de amplo escrutínio pelo Poder Judiciário com vistas à verificação de sua abusividade no caso concreto.

A aproximação entre operadores de direito e a operação técnica securitária verificada no caso do reajuste de contribuições por variação por faixa etária retrata um processo muito salutar, por ampliar o diálogo tão necessário entre esses dois campos. Essa maior proximidade tenderá a promover segurança jurídica e isso traria benefícios diversos a todo o sistema de seguros

privados e de saúde suplementar, inclusive ao próprio usuário. A partir de um sistema mais harmonioso e previsível, o segurado ou beneficiário terá melhores condições de planejar o método mais adequado e conveniente de gerenciar os riscos a que estiver exposto.

Bibliografia

ABRAHAM, Kenneth. *Distributing Risk*. New Haven: Yale University Press, 1986.

CLARKE, Malcolm A. *Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WILLIAMS, C. Arthur *et al.*, *Risk Management and Insurance*. Massachusetts: McGraw-Hill, 1998.

REJDA, George E. *Principles of Risk Management and Insurance*. Nova Iorque: Harper-Collins, 1995.

JUNQUEIRA, Thiago Villela. "Notas sobre a Discriminação em Virtude do Sexo e o Contrato de Seguro", in *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor* / Coordenação Bruno Miragem e Angélica L. Carlini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 291-316.

CARLINI, Angélica L. "A Proteção do Consumidor de Seguros e a Construção da Relação de Confiança", in *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Org. Angélica L. Carlini e Ricardo Bechara Santos. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p. 81.

O não dialogo e a judicialização



ANA RITA PETRAROLI

Sócia-diretora no Petraroli Advogados Associados e Presidente da AIDA Brasil - Association Internationale de Droit des Assurances

O setor de seguros possui tão ampla escala de penetração nos mais variados setores da economia, seja ela pública ou privada, que com o crescimento da complexidade do manto social, a complexidade do contrato de seguros não poderia ficar alijada de uma constante e necessária atualização, no mesmo compasso em que caminham os anseios de seus consumidores diretos ou indiretos.

A matéria prima de que tratam os contratos de seguro é o risco e não é nenhuma novidade a afirmação de que vivemos em tempos de riscos extremos. A diversidade e intensidade destes riscos pode ser sentida no clima, nos negócios, na constante

Petraroli | Advogados Associados

mutação das camadas econômicas da sociedade, nos meios de transporte, nos meios de comunicação, na forma de comunicar, na nova tecnologia que se renova na velocidade de dias, nas necessárias e inovadoras coberturas que esbarram nas também necessárias regras de controle, sejam atuariais, sejam governamentais, sejam legais.

O contrato de seguros, embora seja um dos contratos mais globalizados da atualidade, devido aos seus fundamentos na matemática atuarial e em conceitos standards de tratamento equânime mundial, acaba por ter-se que adaptar às regras locais do mercado em que é inserido.

Em nosso país não poderia ser diferente. A legislação e a jurisprudência, essa cada vez mais decisiva, têm trazido aos nossos contratos mais que correções, algumas impossibilidades. Na contramão da segurança jurídica, o setor de seguros tem sofrido verdadeiro bombardeio legislativo puro e legislativo judicial, através de decisões temerárias do ponto de vista da boa técnica securitária.

A indiscutível proteção ao consumidor e a indubitável manutenção da higidez do sistema, não podem ser desculpa rasa para uma profusão desencontrada de decisões

que fomentam a judicialização e trazem aos judicializados a insegurança do caminho a ser seguido. Transformam a justiça em loteria, da boa e da má vara; do bom Juiz – aquele que acolhe a minha tese – e a do Juiz corrupto ou incauto – aquele que decide em desfavor do meu pedido.

Pois bem. O direito ao devido processo legal representa, em primeira análise, um marco civilizatório e democrático.

Apenas em países evoluídos quanto a sua civilidade há a liberdade assegurada de que o cidadão possa ser autor de demandas judiciais, que escolha o estado para definir sua razão, que não tome, o que entende seu por direito, com suas próprias mãos. Apenas em estados democráticos, as regras processuais são claras e facilitadoras do acesso ao judiciário. É igualmente verdade que somente em sociedades imaturas, mesmo que civilizadas e democráticas, o número de litigantes é maior que sua própria população.

Em decorrência das transformações econômicas da revolução industrial e do período pós-guerra, ocorreu uma sucessão de promulgações de leis protetivas do indivíduo como elemento fundamental para a sociedade. Ao ser único que forma cada cidadão deste planeta foi dedicada a primeira e mais completa norma de acolhimento social: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Embora, de caráter coletivo, a referida legislação garante direitos individuais a todos, vale notar que tal ditame é completamente diferente de garantir direitos sociais ou coletivos. Começa, então, a individualização máxima do “meu”, único e exclusivo direito.

Em 1969, poucos anos após, a OEA repete este modelo e promulga a Declaração Interamericana de Direitos. Na esteira destas modernidades, é promulgada a Constituição Federal Brasileira em 1988, seguida do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e da Lei dos Juizados Especiais no mesmo ano.

Na ânsia de proteger mais amplamente o indivíduo, as legislações brasileiras antes baseadas em princípios abraçam a especialidade e, nesta esteira, são publicados, dentre outros, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Para acompanhar todas as alterações já havidas, nosso cenário judicial recepciona um novo Código Civil, em 2002. Esta norma, já contempla e revitaliza alguns princípios básicos, tornando alguns assuntos abertos à discussão social. Permite-se de forma definitiva, a possibilidade da jurisprudência dar a decisão final onde quer que haja lacunas legislativas ou até mesmo, ao avesso da lei posta, decidindo o Judiciário em absoluta contraposição ao ditame claro da lei. Em adversidade ao legislador, em tese, legítimo representante do povo.

Desde então, tem-se assistido a um crescimento, sem registro igual, das demandas judiciais nas cortes brasileiras. Existem Juizados em estações de metrô, em shoppings centers e à beira-mar. Nossos Procons – Procuradorias de Defesa do Consumidor, aplicam multas variadas, baseando-se em entendimentos únicos do julgador que conduz a causa e sem nenhuma limitação legal específica para esta imposição, restando ao descontente, socorrer-se do judiciário. A prática desmedida, em maior número, no passado, de condenações desproporcionais em danos morais, trazendo ao litigante de qualquer pedido, hediondo enriquecimento sem causa, traz mais combustível ao espírito combativo do brasileiro e tornam obrigação do judiciário a última palavra para qualquer assunto: relações pessoais, de vizinhos, trabalhistas, políticas, contratuais, consumeristas...

Neste cenário de riscos extremos da sociedade atual, resta a pergunta: qual o tipo de ser humano que a compõem? Ora, são pessoas apressadas, com alto volume de informação e baixa capacidade

de avaliação e cultura. Desaprendemos a dialogar e achamos, sempre, nosso direito melhor e superior. Nos relacionamos por redes sociais, onde escolhemos o tom da resposta, editamos o texto e a foto. Perdemos a capacidade do diálogo direto, da conversa franca e aberta, sem tempo ilimitado para respostas altamente elaboradas, e, não por isso, menos caóticas.

As conceituadas empresas do setor de seguros, seguiram a orientação legislativa e criaram amplas estruturas de atendimento ao consumidor, os SAC, as ouvidorias, as regras de *compliance*... Mas, não contavam com um consumidor que não dialoga, não aceita limites de direitos, não se enxerga como agente de deveres, fronteiras que foram pré-estabelecidas, são solenemente ignoradas. Sinistros, em muitas das vezes, sequer são comunicados administrativamente, restando às seguradoras, regulá-los em Juízo. A toda evidência, existem ainda alguns serviços que confundem educação com prestação de bom atendimento e concordância ineficaz como meio para solucionar conflitos.

A cada novo produto, cálculos atuariais, pesquisas de mercado, clausulados são elaborados e aprovados pelo órgão regulador, vendidos sob severa observação dos órgãos competentes, e, mesmo assim, considerados nulos e ofensivos ao direito individual do consumidor pelo judiciário, que na ânsia, absolutamente caracterizadora da condição humana, de proteger o indivíduo esquece da mútua, dá o "direito" a João, esquecendo que assim restringe o direito de Pedro, José, Paulo, Lucia, Ana e Maria. Desatende o princípio básico do contrato de seguros que é o de garantir, à coletividade que compõe aquele risco, a necessária provisão para atender de forma igualitária a todos.

É verdade também que há o produto mal escrito, mal explicado, mal comercializado, mal regulado.... Para esses, certamente a composição é a melhor solução. E para

além disso, o refazimento do produto para que o fato não se repita.

Outra particularidade que agrava o relacionamento no contrato de seguros é a "não querência" em relação à indenização. Toda vez que há um sinistro, certamente, houve grande perda, perdeu-se ou limitou-se: a vida, o patrimônio, a saúde, a capacidade, a juventude.... Portanto, o sujeito que interage com o setor, sempre está em situação desconfortável, ou seja, mesmo que o segurador cumpra com todas as suas obrigações, o segurado, pode até ter o sentimento de alívio, manutenção, reposição, mas, nunca de satisfação plena. Algo lhe foi retirado contra sua vontade. A compensação nunca será suficiente para recompor o emocional, o acessório, o tempo ou o intangível. Toda indenização traz em si um sentimento de esperança, de futuro possível e incompletude.

O Código de Processo Civil preocupado com este horizonte de infundáveis demandas, buscou criar caminhos, ao menos no papel, que encurtassem distâncias e propiciassem o diálogo. Foi o primeiro passo de uma longa caminhada. Há que se diminuir o hiato entre os polos para que ambos possam ouvir os anseios contrapostos, mesmo que desagradáveis e antagônicos.

Todos os agentes que estão envolvidos nessa relação, sejam eles ponte ou elos entre os consumidores e o setor de seguros, devem estar alinhados com o propósito do não litígio. Do entendimento. Dos limites dos direitos e das necessárias obrigações. Este comportamento deve ser intuitivo nos jurídicos internos e externos.

Concluindo, enquanto entendermos os relacionamentos entre segurado e segurador absolutamente contraposto, representado por personagens de lados absolutamente opostos, o diálogo continuará no âmbito do judiciário e essa solução não é a que traz justiça que pacífica, nem o direito que constrói.

O seguro de responsabilidade civil profissional – advogados e a chance perdida indenizável



FÁBIO JOSÉ POSSAMAI

OAB/PR nº 21.631 e OAB/SP nº. 312.153, Mestre em Direito Econômico e Social PUC/PR, Professor de Gerenciamento de Riscos da Pós-Graduação em Direito do Seguro da Univeridade Positivo/PR

 **POLETTO & POSSAMAI**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

I. Introdução

A massificação das demandas judiciais, a ausência de controles processuais infalíveis agravada pela falta de adoção pelos Tribunais Pátrios de um sistema único para implantação e gerenciamento dos processos eletrônicos e, em consequência, a necessidade de amplo acesso à tecnologia da informação, são fatores que, aliados à crescente conscientização das pessoas sobre os seus direitos como cidadãos, têm determinado um aumento expressivo no número de ocorrências de erros

e omissões involuntárias no exercício da advocacia.

Nenhum advogado labora com a intenção de cometer falhas e prejudicar seus clientes, contudo o cenário descrito anteriormente eleva sobremaneira o risco da atividade profissional dos advogados, tornando-se praticamente indispensável a contratação de um seguro de responsabilidade civil profissional para os escritórios de advocacia e seus sócios¹, visando

¹ Estatuto da OAB: Art. 17. Além da sociedade, o sócio e o titular da sociedade individual de advocacia

protegê-los de perdas financeiras decorrentes de eventual falha que, efetivamente, prejudique os seus clientes ou frustre as expectativas.

A apólice de seguro de responsabilidade civil profissional, após a verificação do erro ou omissão do advogado e constatado o consequente dano ao cliente, garante o pagamento ou o ressarcimento dos prejuízos financeiros com o acatamento da reclamação de sinistro realizada pelo segurado de acordo com as coberturas² e limites de indenização contratados.

Em teoria, não há a obrigatoriedade do cliente, que se julga prejudicado pela falha, acionar judicialmente a sociedade de advogados para que a seguradora pague a indenização, pois basta que se apresente uma reivindicação e/ou requerimento escrito (na esfera extrajudicial), para que a regulação do sinistro tenha lugar (após provocação do segurado), tendo esta o objetivo de limitar-se à verificação da falha e do dano consequente, além da ausência de atividades incompatíveis com o exercício da advocacia e de atos dolosos (ou cometidos com culpa grave equiparável ao dolo), o nexo de causalidade com os danos causados e a sua final liquidação.

Na prática, contudo, o que se tem visto é a adoção da teoria da perda de uma chance vinculada à um incompreensível cálculo de probabilidades – como pressuposto inafastável para reconhecer a cobertura securitária e chegar a eventual prejuízo indenizável. Assim, mesmo quando o segurado

respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

2. Em geral Seguro RC Profissional – Advogados contempla cobertura para os prejuízos imputáveis ao segurado decorrentes de i) Danos morais e Materiais; ii) Difamação, injúria ou calúnia cometido pelo segurado; iii) Perda, extravio, roubo e furto simples ou qualificado de documentos de clientes, quando fornecidos ao advogado para a consecução do objeto contratado e iv) Despesas com defesas administrativas, judiciais ou arbitrais e honorários advocatícios e iv) custos com assessoria de imprensa;

comprova a ocorrência da indesejada falha profissional e do dano advindo de tal conduta, ou seja, conjuga os elementos previstos na apólice para obter o direito à indenização securitária, algumas seguradoras têm conduzido as regulações de sinistros estribando suas conclusões exclusivamente à teoria da perda de uma chance e, não raro, sem quaisquer critérios probabilísticos aceitáveis.

Este *modus operandi* observado nas regulações de sinistro de RC Profissional-advogados têm causado alguns transtornos aos escritórios de advocacia, já que os seus clientes exigem a indenização pela falha cometida (na maioria das vezes há esta previsão nos contratos de honorários) e as seguradoras insistem em primeiro certificar-se de que a chance perdida geraria consequências diretas no processo e que a responsabilização civil do profissional seria viável perante o Poder Judiciário, para então decidir sobre a existência de sinistro com amparo securitário.

Ocorre que, na prática, esta linha de atuação das seguradoras pode obstar a efetividade da cobertura contratada pelos escritórios de advocacia, pois, em grande parte dos sinistros de RC Profissional não há como precisar com segurança se o constituinte obteria sucesso em uma possível ação judicial proposta contra o advogado. E como litigar contra o cliente não é uma alternativa viável ao segurado, a celeuma está criada, visto que a contratação deste seguro visa justamente evitar a discussão judicial com a obtenção da indenização correta em conformidade com os limites da apólice.

Assim, neste estudo trataremos da atividade desenvolvida pelo advogado enquanto risco segurável e do seu interesse legítimo³

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

frente à cobertura de seguro contratada na apólice de responsabilidade civil profissional, ou seja, que espécie de falha profissional determinará uma chance perdida indenizável considerando a garantia contratada atualmente pelos escritórios de advocacia.

II. Da Atividade Desenvolvida pelo Advogado e a sua Responsabilidade Civil Profissional. Natureza Jurídica e a Disciplina Contratual do “Seguro de Responsabilidade Civil Profissional”

Para se alcançar o resultado almejado (análise da subsunção jurídica da falha profissional involuntária do advogado à cobertura securitária contratada pelos escritórios de advocacia), é necessário realizar uma análise prévia de alguns institutos jurídicos cuja estruturação repercute diretamente na conclusão ao final apresentada, em especial, acerca da disciplina legal e regulamentar que orienta o exercício da advocacia e o respectivo seguro de responsabilidade civil profissional.

A doutrina contemporânea entende que a atividade desenvolvida pelo advogado tem natureza jurídica híbrida⁴, ora se caracterizando na condição de prestador de serviços, submetendo-se, pois, aos ditames do Código de Defesa do Consumidor⁵, ora se relacionando com seu cliente

na condição de mandatário e, assim, sujeitando-se, também, ao disposto no Código Civil⁶.

Seja como prestador de serviços ou mandatário, o advogado estabelece com o seu cliente um vínculo de natureza jurídica contratual, pelo qual define-se um escopo de atuação profissional e, sempre que possível, os critérios que passam a regular a prestação dos serviços como as obrigações e deveres das partes, as penalidades e as causas de rescisão contratual.

O elemento comum e que subjaz os contratos que regulam a relação cliente/advogado é a confiança, pois se trata de contratação *intuitu personae*⁷, implicando afirmar que o cliente, ao outorgar a defesa de seus interesses a determinada sociedade de advogados, nela deposita a confiança de que possa atendê-lo de forma plena⁸.

Ao lado do contrato que regula a relação jurídica estabelecida entre o advogado e seu cliente está o mandato outorgado especificamente para a assunção de determinadas responsabilidades, usualmente para o advogado representar o seu cliente, em juízo ou fora dele, perante outrem e, com o objetivo de promover a defesa

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 386: “O mandato e a prestação de serviços têm pontos comuns. Enquanto os profissionais liberais são, em geral, apenas prestadores de serviços, o advogado é, ao mesmo tempo, mandatário e prestador de serviço”.

5 CDC. Art. 3º 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. §2º 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.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos

à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

6 CCB. Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

7 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 471: “Celebra-se essencialmente *intuitu personae*; isto é, em consideração ao mandatário, destacando-se como pressuposto fundamental a confiança entre as partes. Daí classificar-se entre os contratos fiduciários, justamente por ser determinada a celebração pelo elemento subjetivo da confiança, que leva alguém a conceder poderes a outra pessoa com a finalidade de praticar negócios jurídicos ou administrar interesses”.

8 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade de Advogados. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 126. “No cumprimento do contrato, a sociedade obriga-se a fornecer o serviço contratado e o advogado a prestá-lo segundo a natureza da obrigação e os postulados definidos pelo Estatuto da Advocacia e pelo Código de Ética e Disciplina”.

dos interesses do constituinte/outorgante, conforme os poderes conferidos.

A obrigação assumida pelo advogado com o seu cliente, se revela, geralmente, como uma obrigação de meio, ou seja, *“quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado”*⁹.

Em complemento, afirma o jurista Alfredo de Assis Gonçalves Neto: *“trata-se de obrigação de meio, daí resultando claro que o advogado não está obrigado a garantir o resultado útil dos serviços, mas a se desincumbir deles com eficiência, segundo o padrão de conduta e comportamento que seria exigido de qualquer outro advogado em sua situação”*.¹⁰

Ainda que se trate de uma obrigação de meio, pois em regra¹¹ não se vincula à obtenção do resultado pretendido por seu cliente, o advogado deverá agir de forma diligente, cumprindo com exatidão a incumbência outorgada por meio do mandato, empregando, sempre, a melhor técnica exigida para a condução do caso.

É de se afirmar, com efeito, que a formação técnica do advogado, que pressupõe a prévia aprovação em exame promovido pelo órgão de classe para o exercício profissional, implica que deste seja exigido um elevado rigor científico e intelectual, aliado

à extrema diligência na condução das demandas a ele confiadas, elementos estes que comporão o conjunto mensurável de fatos e circunstâncias a se avaliar para determinar eventual ocorrência de falha profissional.

Assim, por se tratar de atividade especialíssima, pode-se afirmar que o *“não fazer”* ou, o *“fazer de forma equivocada”*, pelo advogado, quando as circunstâncias processuais e protocolos exigirem uma conduta diversa, caracterizará uma falha profissional (cometimento de ato ilícito) que poderá implicar na ocorrência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao seu cliente/constituinte, e, por consequência, na responsabilização civil do advogado conforme previsto no CCB/2002¹².

Além da reponsabilidade de reparar o dano comprovadamente causado ao seu cliente nos limites da sua extensão¹³, bem assim suportar as repercussões morais que a falha lhe acarretará, sujeitar-se-á o advogado a responder pelo infortúnio perante o órgão de classe, conforme estabelecido pela legislação vigente¹⁴.

É, de fato, uma atividade profissional que exige um cuidado extremo no seu exercício. Aliás, a constante evolução da vida em sociedade, incluindo os avanços tecnológicos, sociais e da própria legislação, tem oportunizado aos consumidores-clientes-mandatários a comprovação dos atos que podem caracterizar uma *má-performance* profissional quando estes se sentem lesados pelo

9 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 351, citando uma passagem da obra de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

10 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 126.

11 VENOSA, Direito Civil – Responsabilidade Civil, 3 ed, São Paulo: Atlas, 2003, v.3, p.176. *“No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado”*.

12 CCB. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. E aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

13 CCB. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

14 Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB). Art. 34. Constitui infração disciplinar: IX – prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio; XXIV – incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional.

resultado obtido e atribuem o insucesso à atuação do profissional que fora contratado.

Os conselhos de classe, por sua vez, cada vez mais têm sido instados a analisar e julgar denúncias envolvendo erros e omissões na prestação de serviços técnicos, tema até pouco tempo tratado com bastante discrição em nossa vida cotidiana¹⁵.

Atento às constantes mutações sociais e, no particular, ao **risco segurável**¹⁶ existente na relação cliente e advogado, foi que o mercado de seguros desenvolveu modalidade específica para oferecer cobertura aos advogados e sociedades de advogados que passaram a contar com

um produto que pudesse assegurar os prejuízos econômicos decorrentes de eventual falha profissional ocorrida ao longo da prestação dos serviços profissionais advocatícios.

O Seguro de Responsabilidade Civil Profissional, conhecido no mercado global de seguros como *Professional Liability Insurance* ("PLI"), *Professional Indemnity Insurance* ("PII") ou comumente denominado nos Estados Unidos como *Error & Omission Insurance* ("E&O")¹⁷, que nas suas raízes históricas era chamado de "*named perils policy*"¹⁸, faz parte do "Grupo" nominado de seguros de "Responsabilidades" e assim representa o ramo¹⁹ securitário do qual a modalidade Seguro de Responsabilidade Civil Profissional para Sociedades de Advogados e/ou Advogados foi concebida para oferecer o conforto necessário aos advogados integrantes da banca e que buscam, mediante o pagamento do respectivo prêmio, transferir para a Seguradora parcela significativa de eventuais perdas financeiras decorrentes da atividade profissional.

No Brasil, os registros indicam que a primeira apólice de responsabilidade civil profissional para advogados/sociedades de advogados foi emitida²⁰ em abril de

15 Conforme nos informa Walter Polido em sua obra: "Seguros de Responsabilidade Civil: manual prático e teórico. Walter A. Polido. Curitiba: Juruá, 2013. P. 963 e 964.

16 Tratando de risco, interesse e o objeto do contrato de seguro, Pontes de Miranda, na obra atualizada por Bruno Miragem (MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XLV. Direito das obrigações. Contrato de transporte. Contrato de seguro. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004), explicou: "contrato de seguro é o contrato com que um dos contraentes, o segurador, mediante prestação única ou periódica, que o outro contraente faz, se vincula a segurar, isto é, a, se o sinistro ocorre, entregar ao outro contraente soma determinada ou determinável, que corresponde ao valor do que foi destruído, ou danificado, ou que se fixou para o caso do evento previsto. A aleatoriedade existe mesmo se o evento é inevitável, como a morte: a álea, aqui, é no tempo, refere-se a quando e não a se. Pretendeu-se que não há álea para o contraente que obtém a vinculação, porque, se o evento ocorre, está ele coberto. Também se sustentou que a álea, no seguro, é unilateral, e não bilateral. Basta considerar-se a diferença do valor e do objeto das prestações que incumbem aos contraentes para se verificar que de ambos os lados há álea: um quer eliminá-la; outro, assumindo-a, eliminou-a porque a isso se vincula" (p. 414). **O que se segura não é propriamente o bem, razão por que, nas expressões "seguro de bens" ou "seguro de coisas" e "seguro de responsabilidade", há elipse. O que se segura é o status quo patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida).** Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo (p. 415).

Por sua vez, abordando o tema de modo mais sucinto e didático, Marcelo da Fonseca Guerreiro (in Seguros Privados. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 38) anotou que "o risco, pode-se dizer, é o evento futuro e incerto, previsto na apólice, capaz de produzir uma diminuição patrimonial, dano ou prejuízo financeiro". E complementou: "O risco, para ser segurável, deve atender às seguintes condições: a) ser possível; b) ser futuro, ou seja, que esteja por ocorrer, que não tenha se efetivado no momento da celebração do seguro; c) ser incerto, o que dá a nota de aleatoriedade ao contrato de seguro; d) independer da vontade das partes; e) resultar, caso ocorra o sinistro, em prejuízo econômico; f) ser mensurável".

17 Autores: Ryan G. Foley, Christopher A. Ward, and Justin K. Edelson Ryan G. Foley is Associate General Counsel at AIG Property Casualty. Christopher A. Ward is the Co-Chair of the Bankruptcy and Financial Restructuring practice at Polsinelli PC and Managing Shareholder of Polsinelli's Wilmington, Delaware office. Justin K. Edelson is a bankruptcy associate in Polsinelli's Wilmington, Delaware office. Opinions expressed herein are solely the authors' opinions and do not necessarily reflect the views of AIG or Polsinelli. Summer2014-95. Current Critical Issues in Insurance Law. Copyright 2014, Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis Group. Disponível em: http://www.polsinelli.com/~media/Articles%20by%20Attorneys/ward_edelson_Sept_2014.

18 Autor: Ted F. Gerdes. Errors & Omission Insurance chapter "Counseling Content Providers in the Digital Age: A Handbook for Lawyers". Copyright 2010, published by New York State Bar Association, One Elk Street, Albany, New York 12207. Editors Kathleen Conkey, Esq. Disponível em: www.gerdeslaw.com/wp.../gerdes/inc/insurance.pdf

19 Anexo I da Circular SUSEP nº 395/2009.

20 "Por essa razão, nasceu o seguro de responsabilidade profissional, criado há muito tempo nos países do chamado primeiro mundo e, em matéria de sociedades de

1994, num esforço conjunto de membros que integravam o CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, buscando implementar ferramentas para a mitigação das possíveis perdas financeiras que pudessem suportar no exercício da profissão, portanto, completaram-se 22 anos desde então.

É fato que ao longo dos últimos anos o produto “RC Profissional”²¹ vem se desenvolvendo de forma contínua e, apesar de ainda responder por parcela pouco representativa do total de prêmios emitidos no mercado geral de seguros, o “RC Profissional” gerou um total de prêmios emitidos na ordem de R\$ 236 milhões no último ano de 2015²². Nos nove primeiros meses de 2016, o “RC Profissional” já gerou cerca de R\$ 228 milhões de prêmios. Números que demonstram a gradativa preocupação dos profissionais (dentre estes os advogados) em contar com garantia securitária para suportar eventuais prejuízos causados aos seus clientes em consequência de erros ou omissões praticadas no exercício profissional.

Lado outro, no que se refere à regulamentação do produto e, a despeito da revogação da Circular nº 053/1977²³ que cuidava do seguro de responsabilidade civil profissional de Sociedades Corretoras de Seguros,

advogados, implantado no Brasil a partir de 1994, em São Paulo, por iniciativa de Luiz Roberto Novaes e de Orlando di Giacomo Filho, então Presidente do CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados”. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p.142.

21 Inclui-se, neste dado, não só a modalidade “Escritórios de Advocacia e Advogados”, mas outros seguros de responsabilidade civil profissional comumente comercializados.

22 Conforme divulgado pela SUSEP – Sistema de Estatísticas da SUSEP – Opção: Seguros: Prêmios e Sinistros de janeiro a dezembro de 2015, o RC Profissional foi responsável pelo valor de prêmio direto de R\$ 235.839.858, enquanto que o RC Geral emitiu o montante de R\$ 872.004.683 em prêmios diretos, equivalendo a 27,05%. Em 2016, nos 9 primeiros meses, o RC Profissional gerou a importância de R\$ 228.351.076,00 em prêmios diretos.

23 Circular SUSEP nº 053/1977. Aprova Condições Especiais para Seguros de Responsabilidade Civil Profissional de Sociedades Corretoras de Seguros, de Empresas de Engenharia e Arquitetura e de Estabelecimentos Médicos e Odontológicos.

de Empresas de Engenharia e Arquitetura e de Estabelecimentos Médicos e Odontológicos, não há atualmente em vigor norma da Superintendência de Seguros Privados que regule especificamente a matéria “RC Profissional – Sociedade de Advogados – Advogados”.

A Circular SUSEP 437/2012²⁴, ao estabelecer as regras básicas para a comercialização do Seguro de Responsabilidade Civil Geral e disponibilizar as condições contratuais do Plano Padronizado deste Seguro, registra que os “riscos de responsabilização civil vinculados ao exercício de profissões liberais são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional)”.

Embora o anexo II da norma citada apresente as condições contratuais do Plano Padronizado e contemple cobertura adicional vinculada a falhas de profissional da área médica, que é uma das modalidades do ramo “RC Profissional”, nada se dispõe acerca do Seguro de Responsabilidade Civil Profissional de Advogados.

A ausência de regulamentação específica da modalidade perante a SUSEP não afeta a sua legalidade. Importa analisar se as condições contratuais do produto encontram-se devidamente registradas perante o órgão regulador e, adicionalmente, se o clausulado aprovado não contém qualquer condição contrária às normas hierarquicamente superiores.

No que se refere à natureza jurídica do seguro de responsabilidade civil, trata-se de um seguro de dano, tal como disciplinado pelo artigo 787 do diploma civilista ao prever que no “seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

24 Circular SUSEP nº 437/2012. Art. 6º. §1º Os riscos de responsabilização civil vinculados ao exercício de profissões liberais são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional).

A doutrina, por sua vez, caminha em harmonia com o texto legal ao conceituar que o seguro de responsabilidade civil é o “*contrato em virtude do qual, mediante prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarrete sua obrigação de reparar o dano*”²⁵.

Ao tratar especificamente do seguro de responsabilidade civil profissional, Walter A. Polido²⁶ registra que “*no desempenho de qualquer atividade funcional os profissionais, ainda que habilitados, estão sujeitos a cometer falhas e por isso podem causar perdas e danos de toda ordem aos seus clientes ou até mesmo a outras pessoas não diretamente relacionadas a eles. Os seguros de RC Profissional (Professional Indemnity Insurance – PI – ou Error’s and Omissions Insurance – E&O) visam justamente à garantia de indenização dessas perdas e danos*”.

Atentos à natureza de sua atividade, aos riscos envolvidos e à existência desse produto (seguro), os escritórios de advocacia têm contratado o Seguro de Responsabilidade Civil Profissional para Sociedades de Advogados e/ou Advogados, mitigando com isso de causar danos financeiros a terceiros por erros e omissões no exercício de sua atividade profissional.

III. A Cobertura de Seguro de Responsabilidade Civil Profissional, o Interesse Legítimo Segurado e a Chance Perdida Indenizável

O interesse legítimo segurado previsto nas condições gerais²⁷ das apólices de seguro de responsabilidade civil profissional é o pagamento e/ou o reembolso das

quantias devidas ou pagas a terceiros, pelo segurado, a título de reparação civil de danos, estipuladas por órgão competente ou por acordo aprovado pela sociedade seguradora, ocorridos durante a vigência do contrato de seguro.

De acordo com o funcionamento deste seguro, para que o Segurado tenha direito à garantia disposta na cobertura básica²⁸, exige-se a coexistência dos seguintes elementos: (i) a prática de um “ato ilícito” por parte do segurado capaz de ocasionar um prejuízo a um terceiro; (ii) que o “ato ilícito” seja objeto de uma reclamação do terceiro; e (iii) que haja relação de causa e efeito apta a estabelecer um elo de subsunção dos fatos à cobertura securitária (dano decorrente do ato comissivo ou omissivo do profissional).

Ocorre que, mesmo coexistindo os elementos citados, muitas vezes os advogados não têm obtido a esperada resposta ao pleito de indenização securitária quando se socorrem da apólice contratada devido à aplicação da “Teoria da Perda de uma Chance”, ou seja, o regulador do sinistro, para ressarcir o eventual prejuízo decorrente da falha profissional, entende necessária a apuração da real chance perdida do cliente no processo, reforçando a ideia de que somente haverá cobertura securitária quando a responsabilidade civil subjetiva do profissional estiver caracterizada na sua plenitude.

A correta abordagem da teoria da perda de uma chance deve gravitar entre a avaliação da oportunidade (chance perdida) e a probabilidade efetiva do resultado almejado com o trabalho do advogado. A chance perdida para ser passível de ser indenizável, portanto, deverá ser real e demonstrar a sua aptidão para a obtenção de um resultado diverso daquele decorrente da falha profissional.

25 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. II, 10ª Edição, revista e. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 834.

26 POLIDO, Walter A. Op. cit., p. 963.

27 Condições Gerais Padronizadas pela SUSEP.

28 Normalmente a perda de prazos legais, desídia, quebra de sigilo profissional, perda, extravio ou furto de documentos estão contemplados na cobertura básica.

Ao se valer da teoria da perda de uma chance, a regulador deve constatar se a chance perdida gerou consequências diretas no processo e determinou os danos ao seu constituinte, tornando viável hipótese da responsabilização civil do profissional Evidente que não pode se tratar da reparação da “perda de uma simples esperança subjetiva²⁹”.

A chance tem que ser “séria e real³⁰” e denotar uma probabilidade efetiva de

determinar o êxito na demanda judicial.

29 Conforme nos ensina Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

30 Nesse sentido, entendem os tribunais pátrios: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da “perda de uma chance”. 2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (STJ. Resp.1321606/MS Ministro Antonio Carlos Ferreira).

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. 1. A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. 2. Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. 3. A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. 4. A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. 5. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. 6. Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o

recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. 7. Recurso Especial não conhecido. (STJ. Resp. 1079185/MG, Ministra Nancy Andrighi).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da “perda de uma chance”, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ. Resp. 1190180/RS Ministro Luis Felipe Salomão).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. A aplicação da Teoria da Perda da Chance impõe verificar se o advogado contratado foi diligente e obrou com zelo na busca do direito de sua constituinte e, se o houvesse feito, que teria evidentes probabilidades de obter êxito no pleito. Caso em que restou demonstrada a desídia do mandatário que deixou de aforar, em tempo hábil, a ação de indenização por morte decorrente de acidente de trabalho porque o tomador de serviços agiu com culpa ao deixar de fornecer os equipamentos de proteção necessária ao labor do vitimado, além de não velar pelo cumprimento das normas de segurança infringindo a legislação que rege a matéria. Reais probabilidades de ser vencedora na demanda, a autora foi prejudicada porque quando o requerido ajuizou a ação esta já fora atingida pela prescrição. Precedentes do TRT e desta Corte. Indenização majorada. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ-RS – AC: 70041115940 RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Data de Julgamento: 09/08/2012, Décima Sexta

Assim, o entendimento a ser adotado pelas seguradoras é aquele mais consentâneo com a teoria clássica da perda de uma chance, pelo qual *a chance perdida indenizável é apenas aquela em que havia probabilidade eficiente de resultado favorável*.

A verificação do seguinte panorama é necessária para se verificar se a chance perdida é indenizável: Quando o cliente prejudicado reúne plenas condições de provar que o advogado, ao falhar, o alijou de uma oportunidade clara e real (**probabilidade eficiente**) de obter uma decisão favorável (**resultado favorável**), o advogado poderá ser responsabilizado civilmente pela falha profissional que cometeu, ou seja, por não ter sido diligente e atuado de acordo com o previsto nos manuais processuais, determinando um prejuízo ao seu cliente (**chance perdida indenizável**).

Cada caso de falha profissional deve ser analisado de acordo com as suas particularidades, contudo não é demasiado afirmar que a chance perdida para ser indenizável, além de séria e real, deve representar uma probabilidade superior a 50%³¹ de que haveria um ganho ao final do processo e uma certeza de que sua perda resultou num prejuízo ao cliente.

É importante ressaltar que a teoria da perda de uma chance não está positiva em nossa legislação civil, trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial que, como demonstrado, vem sendo paulatinamente abarcada pelos Tribunais

Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/08/2012).

31 Neste sentido, explica Sérgio Savi que *"apenas a chance cuja probabilidade de sucesso na percepção da vantagem final fosse superior a 50% deva ser reparada quando perdida. Se a vítima não provar, porém, que sua chance era de, no mínimo 51%, seu pleito será improcedente, pois, "na presença de um percentual desfavorável superior àquela favorável, não há razão alguma que possa justificar a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado"*. in *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 257.

Pátrios, os quais muitas vezes a aplicam de forma equivocada³² haja vista a dificuldade de caracterizar uma chance perdida indenizável e de apurar o valor da indenização, mormente nos casos em que a perda de uma chance decorre da desídia de um advogado.

Os Tribunais Estado-unidenses³³ são muito reticentes em adotar a teoria da perda de

32 MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda do prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. *Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral*. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

33 *Brief Summary: The Wyoming Supreme Court held that the "loss of chance" doctrine could not be applied to assess damages in a legal malpractice action. The Court left open the possibility that the doctrine could apply, under different circumstances, in the legal malpractice context.*

Complete Summary: In the matter underlying this legal malpractice action, plaintiff (the client) retained defendant law firm to acquire property on which the client planned to build a 10,000 square foot building. Due to a restrictive covenant, the client was ultimately limited to 5,000 square feet. The client then brought the present action alleging, inter alia, expectancy damages based on his inability to build a larger building. The firm moved for partial summary judgment on the issue of expectancy damages, and the trial court granted this motion. The client appealed, arguing, inter alia, that issues of fact remained under the loss of chance doctrine.

The Wyoming Supreme Court affirmed, and held that the loss of chance doctrine did not apply to this case. But the Court left open the possibility that the doctrine could apply elsewhere in the legal malpractice context. The loss of chance doctrine, which the Court had previously applied only in medical malpractice cases, allows a plaintiff to recover for reduced chances of survival.

The Supreme Court framed the doctrine here as an alternative to the usual case-within-a-case approach to legal malpractice. Whereas loss of chance requires the calculation of odds based on extensive available

uma chance para fundamentar a reparação de danos por falhas de advogados (*Loss of Chance in Legal Malpractice*), restringindo a sua aplicação aos casos de erros e omissões dos profissionais da medicina (*Loss of a Chance in Medical Malpractice*) devido à impossibilidade de fixar um método exato para o ressarcimento da chance perdida que não poderá ser idêntica ao dano final, caso contrário não se estaria indenizando a perda da chance e sim o próprio dano.

IV. Conclusão

Diante da complexidade do tema, concluímos que as Seguradoras devem ser muito cautelosas ao invocar a “Teoria da Perda de uma Chance” para fundamentar uma eventual negativa apresentada ao concluir a regulação do sinistro ocorrido em apólice de RC Profissional Advogados, até porque esta tarefa é árdua até para os Magistrados, visto que se trata de tema ainda em evolução jurisprudencial, de complexa adequação ao caso concreto e que deve ser objeto de meticulosa produção probatória.

Os reguladores do sinistro de RC Profissional/advogados devem considerar a relação contratual existente com cliente e as consequências financeiras diretas para o segurado em caso de não indenização por erro ou omissão involuntária reclamada e, apenas a possibilidade de responsabilização civil do profissional (e não a certeza), especialmente na hipótese do advogado

data, the high court noted, the case-within-a-case approach involves a one-off determination based primarily on human interactions. *In the absence of statistical information relevant to the likelihood of prevailing on a specific legal claim, the Court held that basing damages on loss of chance was too speculative, and that the consequent failure of proof on causation entitled the law firm to summary judgment.*

Significance of Opinion: This opinion clarifies that the availability of the loss of chance doctrine turns on the availability of relevant statistical data. It leaves open the possibility of applying the doctrine only to the extent such data could be available as to certain legal claims. *In Lawyers for the Profession® Alert September 16, 2010 Rivers v. Moore, Myers & Garland, LLC, 236 P.3d 284 (2010) by Hinshaw & Culbertson LLP.*

ter reconhecido a sua falha e que esta gerou danos ao seu constituínte.

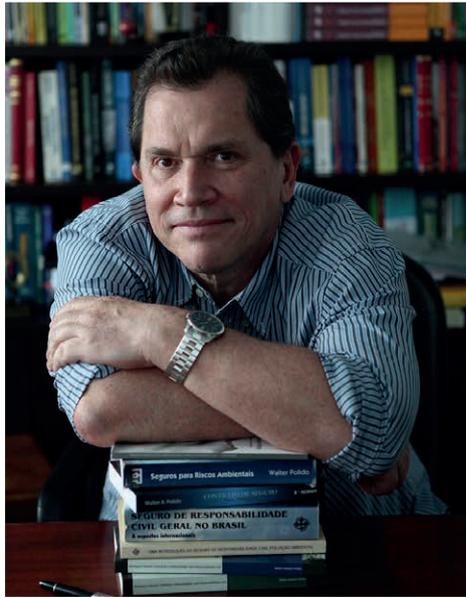
Não propomos, tampouco defendemos o pagamento indiscriminado de indenizações para eventos nos quais a ocorrência de falhas profissionais não determinaria nenhum impacto no resultado final da ação judicial e, sim, a consideração, por parte dos reguladores, que uma negativa de indenização fundada apenas na aplicação absoluta da “Teoria da Perda de uma Chance”, sem critérios adequados, determinará ao Segurado a obrigação de suportar, além do prejuízo mensurável para os fins indenizatórios securitários, outros prejuízos muito maiores e de difícil mensuração caso não equalize a situação com o cliente, como, por exemplo, o abalo na relação de confiança necessária a manutenção do mandato e a própria possibilidade rescisão do contrato.

Assim, quando existentes os pressupostos da exigibilidade da prestação securitária, aguardar o cliente ingressar com a ação judicial de reparação civil de danos para indenizá-lo ao final do processo com sua condenação à reparação civil dos danos, além de aumentar o prejuízo indenizável, parece-nos um comportamento violador da boa-fé especialíssima que deve nortear a relação securitária³⁴ que pode, inclusive, caracterizar abuso de direito por parte da Seguradora.

Entender o contrário significaria violar o interesse legítimo do segurado constante da apólice de responsabilidade civil profissional que se busca preservar, uma vez que o advogado a contratou especificamente para mitigar/transferir os riscos do exercício de sua atividade por perdas financeiras decorrentes de reclamações de seus clientes.

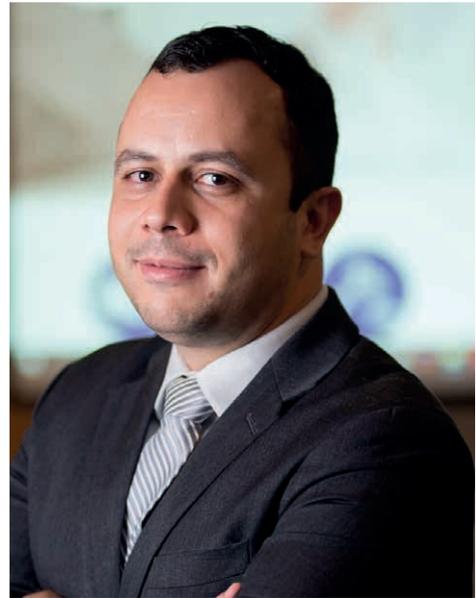
³⁴ CCB. Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Seguros D&O no Brasil e as determinações impostas pela Circular Susep 541, de 14.10.2016: possíveis reflexos técnicos, jurídicos e mercadológicos



WALTER A. POLIDO

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP; Coordenador Acadêmico e Professor de Direito do Consumidor e de Direito Securitário do MBA Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro da Escola Superior Nacional de Seguros – ESNS; Coordenador do Curso de Seguros D&O da ESNS; Parecerista; Árbitro em seguros e resseguro



DANILO R. M. MARTINS

Procurador Federal; Especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar; MBA em Finanças pelo IBMEC; Mestrando em Direito Previdenciário pela PUC-SP; Sócio-fundador da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES



1. Apresentação do tema e Digressão temporal das bases regulatórias dos contratos de seguros no Brasil

A atividade seguradora tem experimentado largo desenvolvimento no Brasil, apesar de o seguro ainda não fazer parte do cotidiano do brasileiro de maneira acentuada, até mesmo porque não é da cultura da sociedade a prevenção contra acontecimentos inesperados, prevalecendo, quase sempre,

o imprevisto. Mesmo assim, a demanda por seguros tem crescido, a cada dia. O cidadão comum passa a se preocupar em garantir os bens adquiridos por ele, preservando-se dos infortúnios que acontecem. A indústria e o comércio, mais atentos, de certo modo sempre foram muito mais ativos na contratação de seguros, apesar de enxergá-los na condição de *despesa necessária* e não ainda como *garantia* absoluta do patrimônio e dos interesses vários.

O mercado de seguros, por sua vez, disponibiliza ofertas de produtos e cresce com a arrecadação de prêmios, cada vez mais pulverizados em diferentes tipos, apesar de o Seguro Automóvel ainda despontar como aquele de maior importância para os brasileiros e deixando patente o quanto o seguro no Brasil, em termos culturais, ainda tem um espaço longo a ser percorrido. Assim, em face da lei natural da demanda e da oferta, em que pese a inexistência de múltiplos produtos securitários, o mercado segurador brasileiro tem ocupado lugar de destaque na economia nacional em razão de sua pujança, com expectativa de crescer ainda mais nos próximos anos, tão logo superada a crise política que tem impactado negativamente a economia do país. Trata-se, portanto, de um mercado em expansão, mas longe ainda de ter alcançado o grau máximo de desenvolvimento que já poderia ter sido experimentado. Há, neste sentido, toda a sorte de situações que influenciaram e que ainda mantêm o *status quo* dominante, de *subdesenvolvimento*. A intervenção estatal nas operações de seguros, mais precisamente no estabelecimento das bases contratuais de seguros, tem sido entre os demais motivos um dos mais relevantes, se não o principal, pela manutenção deste estágio de atraso tecnológico que o mercado nacional se encontra.

Antes mesmo de comentar o tema central deste texto, necessário realizar a digressão temporal a seguir, em alguns tópicos, de modo mesmo a situar o mercado nacional de seguros no contexto regulatório no qual ele se encontra, verdadeiramente em bases anacrônicas e injustificadas para o século XXI.

Está superado na sociedade brasileira, sob qualquer prisma e exame, o modelo intervencionista do Estado. Conforme aduzido por Gabriel Fonseca, “o Estado Desenvolvimentista, que se iniciou durante o período do governo de Getúlio Vargas e que

resistiu até a década de 1980, entrou em uma espécie de esgotamento”¹. O Governo não liberal que terminou recentemente pelo *impeachment* da presidente, com viés ideológico estatizante, desconsiderou o rompimento que existiu nos anos 1980, fazendo com que o Brasil experimentasse ainda por mais quatorze anos essa situação de intervenção acentuada, cujos resultados são conhecidos de todos. Importante, contudo, o rompimento com este passado recente, utilizando-o apenas como modelo de *não observância* para os tempos que virão, na atual e nas futuras gerações de brasileiros. O antigo modelo está, de fato, esgotado.

O monopólio de resseguro no Brasil, o qual perdurou de 1939 a 2008, sendo desconstituído através da Lei Complementar nº 126/2007, representou um dos principais elementos de formação do mercado nacional, com bons e maus resultados. Os bons ficaram por conta da formação efetiva do mercado segurador nacional, antes inexistente, sendo que as Seguradoras se formaram e cresceram à sombra do Ressegurador monopolista, muitas delas existindo até hoje, ainda que tenham alterado a denominação social ao longo dos anos. Esse sistema interferiu drasticamente na formação do mercado de seguros brasileiro, sendo que as práticas, em todos os sentidos, se fortaleceram de maneira bastante doméstica e nem todas eram consentâneas com os procedimentos internacionais, sendo que se encontram em processo de transformação desde a abertura, cuja conclusão ainda está longe de ter sido alcançada. O Ressegurador monopolista estatal determinou, enquanto perdurou o regime, as bases dos *seguros diretos* que ele adotava para fins de concessão da cobertura de resseguro e este modelo “engessou” todo o mercado,

1 FONSECA, Gabriel Ferreira da. *Interpretação Jurídica no Estado Regulador: observações à luz da teoria dos sistemas e da teoria do Direito*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 47.

padronizando os produtos de seguros e, inclusive, reduzindo ou eliminado a criatividade sobre eles. Dificilmente as Seguradoras ofereciam clausulados de coberturas que não tivessem sido “aprovados” pelo Ressegurador estatal, atrelado ao fato de que as próprias tarifas eram basicamente únicas, em cada ramo de seguro, sendo que somente a partir dos anos 1980 este procedimento uniforme passou a ser modificado, com a flexibilização concedida pela Susep a determinados ramos e em seguida de forma ampla. Neste sentido, a Susep derogou parte da previsão legal contida no DL-73/66, artigo 36, “c”: “fixar condições de apólices, *planos de operações e tarifas* a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional” (das competências da Susep). Os clausulados dos seguros, contudo, continuaram sendo determinados “ad referendum” pelo Ressegurador único e ratificados posteriormente pela Susep. Deste modo, importante reconhecer que a Susep deu o primeiro passo proativo em direção da modernidade do mercado de seguros no país, mas o monopólio do resseguro não permitiu o avanço e sequer reconheceu de pronto, naquela ocasião, a liberdade tarifária determinada pela Autarquia. As Seguradoras operavam livremente com suas respectivas tarifas, mas o Ressegurador estatal, especialmente no ramo Incêndio, exigiu que a cessão de resseguro fosse efetivada com base na TSIB – Tarifa de Seguro Incêndio do Brasil “oficial”. O *cosseguro* reapareceu forte no mercado e praticamente ganhou a disputa, enquanto que o IRB a perdeu. Em seguida, o Ressegurador estatal se viu obrigado a mudar de postura, mas a continuidade deste tema de forma detalhada ficará para outro texto.

Importante frisar, diante dos fatos históricos narrados, que todos aqueles procedimentos que contrariam as leis naturais do mercado e em país que adota princípios capitalistas com viés liberal, não prosperam

para sempre, ainda que o Poder Público se apresente extremamente burocrático e disforme da realidade por longo período. Na preleção de Sérgio Guerra, “podemos extrair que o Brasil se enquadra na categoria de Estado regulador”² e não é, portanto, um país com sistema político liberal como os Estados Unidos da América, por exemplo. Esta identificação, extraída dos preceitos constitucionais da Carta Magna de 1988, se desdobra em várias questões e todas elas criam embaraços para a identificação efetiva dos limites da regulação estatal, até os dias atuais.

Com o advento da abertura do resseguro em 2008, portanto um marco de suma importância no setor, esperava-se que o mercado segurador privado finalmente apresentasse produtos vários e buscando o desenvolvimento do segmento, em prol de todos os brasileiros consumidores de seguros. Esta expectativa, contudo, tem sido represada e mesmo frustrada em razão da postura do Estado, notadamente através da Susep, cuja Autarquia impõe modelos padronizados de seguros ao sistema privado, em todos os ramos e com raras exceções, adotando estruturas já ultrapassadas se comparadas àquelas dos mercados de ponta e tecnologicamente maduros. Neste aspecto, portanto, a desmonopolização do resseguro em nada propiciou de modernidade ao mercado de seguros diretos, cujo procedimento estatal tem sido altamente prejudicial para os interesses dos consumidores de forma ampla. Se a Susep teve visão modernizante nos idos 1980, liberando as tarifas únicas ao mercado segurador, o mesmo comportamento não acompanhou os gestores seguintes, até o momento, sendo que permanece o tratamento centralizado e arbitrário do Estado. Nem por isso a qualidade

2 GUERRA, Sérgio. (org.) *Regulação no Brasil; uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, in: *Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira*, p. 362.

dos clausulados ocupa o patamar de excelência tecnológica. Longe disso, o mercado nacional dispõe de bases contratuais extremamente ultrapassadas e estanques, prejudicando os consumidores de seguros do país. Um dos reflexos disso, a *judicialização* dos conflitos existentes em larga escala e com avanço exponencial, enquanto que os clausulados, mesmo assim, permanecem com baixa qualidade e ausência de transparência necessária, na grande maioria deles.

Importante mencionar que a Susep sequer faz parte do Plano Nacional de Consumo e Cidadania instituído pelo Decreto n.º 7.963, de 15.03.2013 e nem do Observatório Nacional das Relações de Consumo, do qual tem assento a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, por exemplo. Nem por isso, evidentemente, as funções da Susep estão apartadas do compromisso com a proteção dos consumidores de seguros do país, mas paradoxalmente a intervenção desmedida em área contratual, assim como vem sendo empreendida pela referida Autarquia, tem mais prejudicado os consumidores do que protegido todos eles. Não é esta a função da Susep em face da proteção dos consumidores, na contemporaneidade. O mercado segurador tem essa percepção clara, notadamente aquelas Seguradoras que têm vocação de fato para o desempenho realístico da atividade, mas nem todas se insurgem de maneira proativa e de modo a modificar o *status quo*, por várias razões. Fatores históricos amarram o mercado no passado, de longa tradição, e sempre muito voltados à intervenção desmedida e rígida do Estado. A própria natureza do brasileiro, talvez herdada ou mesmo imposta pela colonização lusitana, de apego e certa reverência à atuação estatal, por mais burocrática e reducionista que ela se apresente, prejudicando todos os cidadãos que a ela se submetem. Este quadro, contudo, tem mudado no país e traz luz

aos novos tempos, finalmente. Na lição de Figueiredo, “nenhuma transformação será verdadeiramente democrática enquanto o cidadão não se sentir como dono, proprietário da coisa pública, sujeito principal da atividade pública e coparticipe do processo de gestão”³. Para colmatar este pensamento, por ocasião da audiência pública, a qual foi promovida pela Susep em relação à regulamentação do D&O, o Mercado Segurador – investidor e tomador dos riscos – apresentou *cinquenta e oito* solicitações de alterações da proposta apresentada pela Autarquia, através da FenSeg, sendo que apenas *oito* delas foram acatadas, resultando a Circular Susep 541/16. A regulamentação que foi publicada, portanto, não levou em conta os comentários e as propostas técnicas apresentadas pelos profissionais do setor. As legítimas expectativas dos tomadores de riscos, as Seguradoras profissionais, não foram atendidas. É fundamental para que haja uma boa administração pública, que as ações sejam pautadas pelo pluralismo e o diálogo, superando a administração monológica, simplesmente hierárquica e adversarial⁴.

A higidez do sistema e sua manutenção deve ser o escopo da existência, da regulação e da fiscalização da Autarquia e certamente não passa pela determinação de clausulados de coberturas. O Poder Público, inclusive, não é devidamente versado na área e não dispõe de conhecimentos perfeitos, atualizados e necessários para a difícil missão de elaborar clausulados de coberturas de seguros dos diversos tipos e para a *iniciativa privada*. O disposto no artigo 174 da Constituição Federal dispõe neste sentido, de maneira clara e universal, uma vez consagrado, entre os princípios basilares da República, a *livre iniciativa* (art. 170, CF). O mencionado artigo

3 FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. *O Estado Infrator*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 216.

4 DUARTE JR. Ricardo. *Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 283.

174 determina o seguinte: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*”. O regime intervencionista nas bases contratuais de seguros não encontra respaldo algum nos países desenvolvidos. Na Europa, a intervenção que existiu em determinados mercados foi arrefecida tão logo os princípios comunitários a partir de 1990 inundaram aquele Continente e os Estados-Membros. Os mercados de seguros já haviam alcançado patamares de alta tecnologia, em todos os aspectos, notadamente em relação a utilização de ferramentas adequadas de prevenção e de gerenciamento de riscos, certamente influenciadoras da *precificação técnica* adequada dos diversos tipos de seguros. Nos EUA, berço do pensamento liberal, a eventual intervenção estatal em face da determinação de clausulados de coberturas únicos para o mercado privado de seguros despertaria os sentimentos mais aguerridos contra o *cartel*, contra a unificação de procedimentos, justamente o modelo contrário da livre oferta e da multiplicidade que propicia o melhor produto e serviço, com preços mais competitivos. Os princípios norteadores do Direito consumerista, é bom lembrar, nasceram nos EUA nos anos 1960, aportando alguns anos depois na Europa e em tempo mais recente na América Latina, incluindo o Brasil. O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro é de 1990. Nos EUA, mesmo o ISO – Insurance Service Office, *empresa privada* que presta variados serviços técnicos ao mercado segurador daquele país e mediante a elaboração de manuais de subscrição de riscos (*underwriting guidelines*), assim como de modelos de clausulados de coberturas, já foi objeto de crítica acirrada e justamente em face da possível unificação de procedimentos que o resultado

do trabalho deles enseja. Isso aconteceu, por exemplo, em meados dos anos 1980 quando o ISO, diante da crise dos seguros de responsabilidade civil nos EUA entre 1970-80, elaborou o modelo de apólice “claims made” (apólice à base de reclamações), o qual foi adotado universalmente, inclusive pelo Brasil. O ISO, de qualquer forma, é uma *empresa privada* e os serviços prestados por ele são livremente contratados pelas Seguradoras. No Chile, para citar um país da América Latina, cujo monopólio de resseguro foi extinto em 1980, a intervenção estatal da Superintendencia de Valores y Seguros apresenta procedimento dos mais modernos, na medida em que a Norma Geral n.º 124, de 22.11.2001, estabelece para o registro de produtos que “os modelos de condições gerais das apólices e cláusulas de seguro deverão estar redigidos de forma clara e entendível, não indutivas a erros e sem conter dispositivos que se oponham à lei”. A mesma norma estatal chilena permite que não haja o registro na Superintendência para clausulados de seguros cujo montante de prêmio ultrapasse determinado valor, notadamente para segurados pessoas jurídicas⁵.

Voltando ao cenário brasileiro, antes o Ressegurador estatal monopolista detinha o poder de dizer quais eram as bases dos *seguros diretos* e agora a Susep o substituiu, imprimindo mesmo maior rigor, cuja conclusão será explicitada no seguimento deste texto. Este modelo de intervenção, nada associado à modernidade, não é mais encontrado nos países líderes de seguros há décadas e o Brasil precisa, urgentemente, pelas vias legais, modificar o cenário reinante. O processo deverá reconduzir a Susep para as atividades ou funções que de fato lhe competem prioritariamente, quais sejam, a regulamentação e a fiscalização efetiva do sistema em

5 POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro e a Atividade Seguradora no Brasil: Direitos do Consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 33.

busca da manutenção de sua higidez econômico-financeira. As bases contratuais, por sua vez, devem ser estabelecidas pelas Seguradoras, *exclusivamente*, assim como acontece no mundo todo. Eventuais excessos ou malformações da livre iniciativa devem ficar por conta da análise e do crivo do Poder Judiciário e não podem, de forma alguma, servirem de argumento para que o Estado-Interventor pretenda ante-aver qualquer tipo de problema, *impondo* modelos estagnantes e únicos. A CF, repise-se, já determinou de forma contrária, conforme a dicção do artigo 174, comentado anteriormente neste texto. Qualquer intervenção desmedida da Susep neste sentido não resiste à força principiológica constitucional referida, uma vez que a hierarquia das leis constitui fundamento do Direito: a CF de 1988 *derrogou*, indiscutivelmente, qualquer dispositivo anacrônico disposto no DL-73/66. Vários exemplos malsucedidos da intervenção da Susep podem ser citados, sendo que este procedimento impróprio, inclusive, tem contribuído para arrefecer o desenvolvimento dos respectivos segmentos que foram objeto de regulamentação estruturante e única. Imprimindo estruturas técnico-jurídicas ultrapassadas, os modelos de clausulados padronizados da Autarquia *prejudicam os consumidores* dos referidos seguros, antes mesmo de protegê-los: Circular Susep-437/2012 (ramo Responsabilidade Civil Geral), Circular Susep-540/2016 (ramo Riscos de Engenharia), Circular Susep-541/2016 (ramo D&O – Diretores e Administradores de Empresas), entre tantos outros modelos anteriores (Transportes, Seguros de Property, Seguros de Condomínios, etc.). Especula-se no mercado que a Superintendência, em breve, divulgará as bases contratuais dos Seguros Aeronáuticos (ramo especialmente técnico e cujas condições de coberturas de certa forma obedecem ao padrão internacional mundialmente aceito, especialmente aquele

do mercado londrino), Seguros de Riscos Profissionais (E&O), Riscos do Petróleo (no mundo todo os clausulados utilizados também provêm do padrão londrino). Esses ramos de seguros, com forte participação do resseguro internacional, acabam ficando desconformes com os padrões internacionalmente aceitos, toda vez que a Susep interfere e determina situações e estruturas encontradas apenas no Brasil. Não é bom para o país e nem mesmo para o Mercado Segurador permanecerem apartados da práxis internacional, cujos usos e costumes são inerentes aos respectivos segmentos. A prevalência de viés puramente doméstico e quase ideológico na atividade securitária não desenvolve o segmento no Brasil. Todos perdem, notadamente os *consumidores de seguros*.

Não se coaduna mais com a modernidade essa atuação anacrônica da Susep. Cabe a ela outras funções e prioritárias, mas não a determinação de clausulados de coberturas de seguros. O Estado tem a obrigação primeira, inclusive, de fiscalizar as Seguradoras a ponto de evitar que nenhuma delas se torne ilíquida, sendo que este procedimento não tem sido adequado no país, na medida em que Seguradoras têm sido liquidadas, apesar de a Susep receber mensalmente informações operacionais de cada uma delas, através do FIP – Formulário de Informações Periódicas. Nenhuma Seguradora quebra de um mês para o outro e o diagnóstico da pré-insolvência pode e deve ser detectado, assim como devem ser tomadas todas as medidas saneadoras cabíveis. Segundo as normas vigentes e as orientações da Susep, os segurados perdem *imediatamente* os seus direitos representados pelos contratos de seguros avançados com as Seguradoras, tão logo seja decretada a liquidação da Seguradora, podendo se habilitar na lista dos credores, na hipótese de ter ocorrido sinistro durante o período dentro do qual vigorou as apólices ou se pretender receber

de volta o prêmio pago para o seguro que ficou invalidado. Aos consumidores de seguros, desassistidos, certamente não pode ser repassada a obrigação de investigar atentamente a situação econômico-financeira de cada Seguradora com a qual efetivaram os respectivos contratos de seguros. O Estado tem o dever de protegê-los e essa obrigação emana da Constituição Federal, art. 5º, XXXII (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), art. 170, V (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica). Este campo de atuação, portanto, deve ser desenvolvido pela Susep e utilizando toda a força humana de trabalho disponível naquela Autarquia, hoje alocada para elaborar clausulados padronizados de coberturas de seguros para a iniciativa privada e mesmo na homologação de produtos não-padronizados, mas igualmente direcionados de maneira desmedida.

Este novo olhar sobre a questão e com base no ordenamento consumerista já do século XXI, traz de volta a discussão em torno do tema e deve ser prioritária a busca da solução adequada, pois que os consumidores permanecem desassistidos diante da inocuidade dos procedimentos hoje existentes e sob a gestão da Susep. Em curto lapso de tempo Seguradoras entraram em processo de liquidação pela Autarquia no país, com milhares de segurados prejudicados de forma incontornável⁶.

A pretensão do Poder Público de elaborar e apresentar modelos de clausulados de todos os ramos de seguros às Seguradoras privadas que operam no país, dentre elas as maiores e as mais capitalizadas do mundo, além das nacionais também extremamente vigorosas economicamente e especialmente aquelas vinculadas aos grupos financeiros e bancários é algo, no mínimo, surreal na contemporaneidade. Não é esta a função do Estado e ele já dispõe de muitas outras

⁶ Exemplos de Seguradoras que entraram em liquidação pela Susep: Edel; Confiança; Nobre.

atribuições a serem executadas e que sequer as tem cumprido adequadamente. A Susep, a qual é provida com dinheiro público, certamente não pode continuar com este procedimento atípico, desvirtuando qualquer conceito mais mezinho de Direito Administrativo ou Regulatório. O tempo é outro, inclusive. Observar e manter a liquidez financeira de cada Seguradora é uma das funções da Susep, talvez a primordial entre as demais, e que deve ser melhorada, repise-se, na medida em que Seguradoras têm quebrado no país e prejudicado milhares de consumidores de seguros. Este é um tema que poucos gostam de tratar, mas a realidade tem demonstrado que ele não pode ser olvidado ou simplesmente ignorado entre os brasileiros. Neste momento de *reengenharia* do Estado, apesar do termo já gasto desde os anos 1990, as funções atualmente desempenhadas pela Susep devem sofrer igual processo, deixando claro que ela não pode mais pretender “desenvolver” o *mercado privado* de seguros e de modo a ter suas forças de trabalho concentradas naquilo que de fato deve ser sua atividade-fim, qual seja, verificar de maneira conducente e, portanto, com especialização redobrada, a liquidez do sistema em prol de todos os consumidores. Em contrapartida, cabe às Seguradoras, *exclusivamente*, desenvolverem o mercado privado de seguros, notadamente quanto ao estabelecimento das bases contratuais dos vários tipos de seguros, de maneira concorrencial e diversificada. “O Mercado Segurador deverá elaborar Agenda em face da promoção do desenvolvimento que ele deverá alcançar, *em curto espaço de tempo, e, necessariamente*”⁷.

⁷ POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro e a Atividade Seguradora no Brasil: Direitos do Consumidor*. Op. cit., p. 197; _____. *Regulação do Contrato de Seguros e Reflexos no Resseguro: o Brasil abaixo do standard internacional*. In: *Estudos de Direito do Seguro*. V. XIII. I Congresso Internacional de Direito do Seguro – Conselho de Justiça Federal – Superior Tribunal de Justiça – VI Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” – IBDS. São Paulo: Roncarati, 2015, 215, p. 249-293; _____. *Reflexões sobre a necessária modernização do Mercado Segurador Brasileiro como fator de Proteção dos Consumidores de Seguros*.

Ao abordar os princípios da livre concorrência e de defesa do consumidor, expressos constitucionalmente, sustentou acertadamente o Ministro Luís Roberto Barroso, do STF⁸: “O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. (...) A ele [Estado] cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente de, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa-fé negocial.”

As Seguradoras devem desempenhar o papel atribuído a elas e o Estado o dele. Há, ainda, que existir equidistância entre o Regulador e o Regulado, de modo a estabelecer o perfeito equilíbrio⁹. O artigo 174 da CF¹⁰, repise-se, deixa muito clara essa

divisão, sendo que o referido dispositivo, inclusive, *derrogou* o vetusto e ultrapassado DL 73/66, artigo 36, “c”¹¹, na condição de norma constitucional posterior e sob o império da hierarquia das leis. É chegado o momento, portanto, de o Mercado Segurador se emancipar do julgo impróprio do Estado, restando à Susep o seu papel regulatório e fiscalizatório de modo conducente da higidez do sistema. Suas atribuições são claras e extremamente importantes para os consumidores de seguros, mas *não passam pela formulação de clausulados de coberturas de seguros*. A CF assim determinou, sobrepondo o vetusto DL-73/66.

Sobre o modelo econômico de Estado adotado pela Constituição Federal, importante ainda extrair o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, extremamente oportuno nas discussões deste texto¹²: “É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concebe mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. As exceções aos princípios da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente

In: MIRAGEM, Bruno. CARLINI, Angélica (orgs). *Direito dos Seguros. Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2015, p. 85-115.

8 BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica e Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preço. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho /julho, 2008, p. 9-10.

9 GUERRA, Sérgio. (org) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Op. cit., p. 381.

10 CF – Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*. (grifos nossos) Neste sentido, também a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico – feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles – pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado com todas as letras, no art. 174. (...)”. Liberdade de Iniciativa. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.º 1, 1999, p. 178/179.

11 Decreto-lei n.º 73, de 1966 – Art. 36. Compete à Susep, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: ... c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional. Também o disposto na alínea “b” do mesmo DL tem sido utilizado pela Susep com o intuito de determinar bases operacionais de seguros para as Seguradoras do mercado, assim como consta da Circular Susep-541/16 em análise neste texto. A referida alínea “b” determina o seguinte: *baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguros, de acordo com as diretrizes do CNSP*.

12 BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica e Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preço. Op. cit., p. 4.

excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.”

Cabe aos dirigentes das Seguradoras e de suas Entidades representativas exigirem o cumprimento da norma constitucional, saindo da zona de conforto ao longo de décadas na qual se encontram e que na verdade deixou o mercado neste cenário de atraso tecnológico. A intervenção desmedida do Estado na esfera contratual, quer através do monopólio de resseguro que perdurou por aproximadamente setenta anos no país e agora mais intensamente pela Susep, não representou nenhum benefício de fato para o desenvolvimento tecnológico do seguro no Brasil e esta constatação, por si só, desconstrói qualquer eventual argumentação contrária, seja ela motivada por viés político-ideológico, seja por puro desconhecimento da realidade encontrada em outros mercados desenvolvidos ou ainda pela simples altivez da Autarquia, a qual se atribui papéis ou funções na sociedade que na verdade não têm o menor sentido prático em face dos resultados efetivamente negativos que podem ser demonstrados sem nenhuma dificuldade. Portanto, o procedimento de intervenção estatal desmedida deixou o mercado num estado dormente e afastado daquilo que se pratica de melhor em outros países, *prejudicando os consumidores de seguros brasileiros*. Os produtos de seguros nacionais são *subdesenvolvidos*, sob todos os aspectos, com raríssimas exceções. Nem mesmo aqueles ramos massificados e com tecnologia de ponta na operação, assim como o ramo Automóvel no Brasil escapam dessa realidade. Todos eles precisam passar por revisão acurada, incondicionalmente.

2. Seguros D&O no Brasil – segmento em evolução natural

Quando da elaboração do livro *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil &*

Aspectos Internacionais, São Paulo: EMTS, 1997, POLIDO, Walter, para incluir capítulo pertinente ao D&O, cujo seguro ainda inexistia no país, foram pesquisados modelos internacionais de apólices, notadamente dos mercados norte-americano e alemão, uma vez que o IRB-Brasil Re, naquela ocasião, estava estabelecendo os primeiros contatos com o mercado ressegurador externo de modo a buscar *facility* ou mesmo contrato de resseguro para as retrocessões dos riscos subscritos por ele e que começavam a surgir no mercado. As bases teóricas, retratadas no livro, tiveram também como referência a Revista francesa L'Argus n.º 6.173, de 20.07.90, a qual apresentava informações atualizadas naquela ocasião, sendo que os fundamentos técnicos prevalecem até hoje. Vários elementos já eram importantes e foram ressaltados naquele livro: apólices “all risks”; modelo “claims made” como base do *trigger*; cobertura para a empresa segurada por atos de seus diretores, cobertura para diretores quando as indenizações não forem pagas pela empresa e cobertura para os diretores contratada pela empresa; exclusão para danos corporais e materiais; exclusão para poluição ambiental e suas conseqüências; exclusão de atos dolosos praticados pelos segurados; limitações relacionadas a reclamações de Segurado vs. Segurado; etc.

Desde então, o ramo se desenvolveu no país e ganhou lugar de destaque na comercialização, passando inclusive a ser objeto de negociação entre executivos na condição de benefício necessário quando da admissão deles pelas empresas. O ramo se expandiu para vários segmentos, atuando junto aos fundos de pensão, entre outros setores particularizados. O amadurecimento tecnológico ainda não foi alcançado, mas os acertos e os erros do mercado certamente o conduzirão a este patamar, até porque o tempo de maturação deste tipo de seguro é muito maior do que outros segmentos, sendo que nesses

últimos os riscos são em tese de curta duração, desde a emissão das apólices. No D&O não. Assim como em outros segmentos de seguros como o E&O (Riscos Profissionais), RC Produtos e Riscos Ambientais o D&O apresenta o elemento conhecido por "*long-term exposure*", cuja latência prolongada faz com que a administração deste tipo de risco e respectivas carteiras ocorra efetivamente de forma também prolongada e muito mais cuidadosa. Os sinistros podem surgir anos depois da subscrição inicial dos riscos. O mercado nacional se encontra no caminho do amadurecimento. Em razão do fato de que as reclamações de sinistros se avolumaram nos últimos anos, a subscrição tende a ser mais técnica e menos comercial, inclusive com restrições de coberturas, antes desconhecidas. Trata-se, portanto, de segmento bastante suscetível às ondas "hard market" e "soft market", também conhecidas e experimentadas em outras áreas de seguros e de resseguro. Neste caminho evolutivo, surgiu a pretensão da Susep em "regular" o segmento, o que de fato acabou se materializando através da Circular Susep 541, de 14.10.2016. Sobre este instrumento normativo os comentários no seguimento deste texto.

3. A Circular Susep 541, de 14.10.2016

De pronto pode ser afirmado que a regulamentação é desnecessária, notadamente como ela se apresentou, em desconformidade com a realidade nacional e internacional do ramo D&O. O Brasil, mantidas as bases indicadas pela Susep, se distanciará dos demais países, mais uma vez e em outro importante ramo de seguro, o que é inadmissível em face da globalização das operações e dos diversos liames que este tipo de seguro enseja, seja com a colocação de ADR's (American Depositary Receipts) pelas empresas nacionais seguradas em bolsas norte-americanas e europeias, seja

porque o resseguro é uma operação internacional, apesar do viés "doméstico" que alguns representantes do mercado pretendem dar ao segmento no país.

Pontualmente, podem ser retratadas as seguintes assimetrias em relação à praxis internacional recomendável e necessária e o padrão doméstico, estagnante e prejudicial aos próprios interesses nacionais, pretendido despropositadamente pela Susep:

Art. 3º – Definições – I – Apólice à base de ocorrências: desnecessária a menção na apólice, mesmo porque não é tecnicamente recomendável a contratação de Seguro D&O com este *trigger* determinante na apólice, o qual certamente criará situações de conflitos para a determinação efetiva da data de ocorrência do sinistro garantido. Desde sempre, apólices D&O são contratadas na base "claims made" e não haveria razão de ser diferente no Brasil. A mesma Circular, através do artigo 4º, § 1º, determinou este tipo de apólice, o que denota ainda mais a desnecessidade de o Glossário do contrato de seguro prever a referida definição. Por outro lado, a Susep *proibiu* que as Seguradoras transformem a apólice CM em apólice de Ocorrências, conforme o mesmo artigo 4º, § 2º, cuja determinação não tem o menor sentido técnico. Havendo a renovação em outra Seguradora e a nova não admitindo a data de retroatividade prevista naquela apólice, o Segurado terá apenas o Prazo Complementar e o Prazo Suplementar para que sejam apresentadas reclamações de sinistros ocorridos durante o período de cobertura até a vigência da última apólice, sem a possibilidade de ser resgatado o prazo prescricional legal, com a transformação da última apólice CM em Ocorrências. Do mesmo modo, a nova Seguradora pode não aceitar a retroatividade daquela apólice, configurando-se a mesma situação encontrada no parágrafo anterior. Na mesma definição, a utilização da expressão "reparação de danos" não

é apropriada em se tratando de seguro D&O, cujo objeto de garantia está vinculado às “Perdas Financeiras” e não a danos propriamente ditos.

Idem – item II – Apólice à base de Reclamações: não se trata de forma alternativa, mesmo porque foi imposta a CM. A mesma indicação contrária à utilização da expressão “reparação de danos” feita no item precedente.

Idem – item III – Apólice à base de Reclamações – com Notificações: não deveria ser *facultado* ao Segurado notificar o fato ocorrido, na medida em que ele escolherá, livremente, este modelo especial de apólice. Em contrapartida ele deveria, sim, *ser obrigado* a notificar. Se não pretender notificar, então o modelo de apólice deveria permanecer adstrito ao de Reclamações, sem a previsão das notificações obrigatórias.

Idem – item IV – Ato ilícito/ ato danoso: seria desnecessária a definição, mesmo porque ela reproduz a letra do ordenamento civil vigente, não sendo de boa técnica esta repetição, notadamente em seguro deste tipo, sequer negociado com pessoas hipossuficientes de qualquer natureza (econômica, de conhecimento, etc.)

Idem – item V – Ato (ilícito) culposo: desconexa a definição, mesmo porque a anterior já abrangeu a “negligência” e a “imprudência”, ambas caracterizadoras do ato culposo. Ainda, mesmo na esfera do ato culposo, a ação ou a omissão do agente será sempre um ato, respectivamente, comissivo ou omissivo *de vontade*. Se não for ato de vontade, outras questões jurídicas deverão ser necessariamente aventadas, assim como a nulidade em função da coação do agente na prática do ato, incapacidade, etc. Há, portanto, deficiência formal e jurídica nas duas definições e no sentido prático que a Susep pretendeu atribuir a elas.

Idem – item VI – Ato (ilícito) doloso: em razão do disposto no item precedente, a definição dada pela Susep não se encontra juridicamente correta. Não é a *voluntariedade* do ato que caracteriza e separa o ilícito doloso do culposo. Ambos são atos voluntários. O *resultado* de um e de outro que é premeditado (doloso) e não premeditado (culposo). Não pode existir este tipo de erro no texto da apólice D&O e em qualquer outro ramo envolvendo essas figuras jurídicas.

Idem – IX – Custos de defesa: inapropriada a utilização apenas da expressão “reclamações *contempladas*” pelo seguro, na medida em que pode ensejar a ideia de que apenas riscos efetivamente cobertos contarão com a cobertura do seguro para a indenização das despesas com a defesa do segurado, enquanto que muitas vezes ele poderá provar em juízo a sua inocência, diante de determinada alegação/reclamação infundada. Deste modo, importante deixar consignada na apólice a cobertura para “... relativos a reclamações contempladas nos riscos garantidos pelo seguro, ainda que se prove serem infundadas no decorrer dos processos de defesa do Segurado”.

Idem – XI – Dano: não é apropriado o termo, em se tratando de apólice D&O, cujo escopo é a garantia de “Perdas Financeiras” sofridas por outrem em razão da falha de gestão do Segurado. Nessa mesma linha, são inapropriados os termos Dano Corporal (item XII), Dano Físico à Pessoa (item XIII), Dano Material (XIV), Dano Moral (XV) e Dano Patrimonial (XVI), sendo que eles não deveriam existir no contexto do clausulado de apólice D&O. Além disso, a diferenciação que se buscou dar para Dano Corporal e Dano Físico à Pessoa constituiu algo anômalo e sem sentido algum, o qual pode gerar mais conflitos de interpretação do que de clarividência à letra do contrato de seguro, devendo ser evitado por todas as Seguradoras que

operam no segmento. A Apólice D&O deve se centrar apenas naquelas definições que lhe são típicas, assim como Perdas Financeiras (XXIII). O termo Perda (item XXII) deve ser eliminado também, até porque está muito impreciso na conceituação feita pela Susep na Circular em análise. Do mesmo modo, os termos Prejuízos (XXVII) e Prejuízo Financeiro (XXVIII), cujas definições são inapropriadas, devem ser eliminados também, pois que além de serem sinônimos e muito próximos de Perdas Financeiras, este último termo constitui de fato o cerne deste seguro e deve permanecer como base única no contrato de seguro. A repetição de termos atribuída pela Susep é prejudicial ao completo e perfeito entendimento do contrato de seguro, criando possíveis situações de conflitos, antes mesmo de proteger devidamente os interesses dos consumidores-segurados de D&O no país. Nesta pretensa proteção e replicando vários termos, mas sem a devida simetria jurídica entre eles, podem criar “gatilhos” justamente contrários àqueles que estariam assistidos. A boa técnica contratual em sede securitária, inclusive, apregoa a simplificação redacional, objetivando e ressaltando apenas os elementos essenciais. A repetição de termos desnecessários, em contrapartida, contradiz com esta determinação pautada na lógica. De toda a forma, considerando-se a relevância da expressão Perdas Financeiras no seguro D&O, a definição atribuída no item XXIII pode ser refeita, pois que se apresenta de forma reducionista demais, não resistindo a uma análise jurídica mais acurada. Deveria, portanto, conter a seguinte definição: “Perdas Financeiras: *privação ou redução do lucro ou do ganho experimentado comprovadamente por terceiros pessoas, em consequência dos riscos cobertos pela apólice*”.

Idem – XVII – Fato Gerador: não deve constar o termo “danos”. A expressão não pode, ainda, frear a abrangência de

cobertura para a apólice *necessariamente* estabelecida na base “all risks”. Neste sentido, a confirmação de Clara de Faria: “o sistema de coberturas do seguro D&O enquadra-se no conceito “all risks”, de modo que a seguradora deverá pagar a indenização com relação a todos os eventos que se enquadrarem como risco coberto, a não ser que eles estejam expressamente excluídos na apólice”¹³.

Idem – XVIII – Limite Máximo de Garantia da Apólice – LMG: a estipulação de LMG com valor “menor” à soma dos LMI constitui prática abusiva contra o Segurado e, portanto, será de pleno direito nula qualquer determinação contratual neste sentido, notadamente se ficar comprovada a cobrança de prêmio para cada uma das coberturas adquiridas e que foram atingidas simultaneamente por um mesmo Fato Gerador ou evento garantido pela apólice. O LMG, ainda que a estipulação seja opcional para a Seguradora, não tem razão para existir, uma vez que: (i) se for atribuído valor *menor* à soma dos LMI’s a determinação será considerada nula, não resistindo a qualquer submissão judicial; e (ii) se for atribuída a quantia relativa à soma dos LMI’s haverá redundância na informação, pois que acontecerá independentemente de existir ou não o LMG indicado na Especificação da Apólice. O tema deve ser resolvido através do Limite Agregado tão somente. A mesma situação técnico-jurídica se apresentou no ramo Responsabilidade Civil Geral, quando da divulgação da Circular Susep-437/12, sendo que a doutrina aplicável é também a mesma.

Idem – XXX – Segurado: em qualquer parte do mundo o seguro D&O pode ser contratado também pelo Administrador, pessoa natural, na hipótese de a empresa, a qual ela administra, não contratar

13 FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O Seguro D&O e a Proteção ao Patrimônio dos Administradores*. 2ª ed. São Paulo: Almedina-Brasil, 2015, p. 124.

o referido seguro. Da mesma maneira, os mercados internacionais apresentam mais duas situações típicas: cobertura para os administradores com a apólice sendo contratada pela empresa e, ainda, cobertura para a empresa em relação aos atos e fatos dos administradores, quando ela for obrigada a indenizar terceiros em nome deles. Não há o menor sentido, portanto, de a Susep pretender limitar este conceito internacionalmente aceito, colocando o mercado nacional numa situação anômala e injustificável. Ainda que seja mais usual atualmente a contratação através da empresa, não há razão para a limitação exclusiva imposta. Questão puramente de política de subscrição de cada Seguradora, não cabendo ao Estado interferir, pois que sequer a matéria é de interesse público. Esta determinação deve, necessariamente, ser revogada pela Susep, em prol da razoabilidade. Do mesmo modo, a indicação contida no item XXXIII – Tomador do Seguro RC D&O, dentro da expressão “sem ônus para os segurados”, constitui matéria de interesse exclusivo das empresas seguradas e das Seguradoras, não cabendo à Susep se imiscuir em detalhes deste tipo, sem qualquer interesse público, muito menos que mereça a determinação do Poder Público. Excesso, portanto, de regulamentação.

Art. 5º: não deve ser utilizado o termo “danos”, assim como já foi sugerido em itens anteriores. O termo “reembolso”, empregado na tipificação do D&O, constitui situação que reduz a garantia de *indenidade* do Segurado, de forma absoluta e imediata, sendo que este modelo de apólice nos ramos Responsabilidade Civil Geral – RCG, Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos – RCFV e Seguros de Riscos Profissionais – E&O somente é encontrado no Brasil, não tendo respaldo em mais nenhum mercado, notadamente os desenvolvidos e maduros. O modelo utilizado pelo mercado internacional, em

todos esses ramos de seguros citados, é aquele de *indenização* ao Segurado, ou seja, há a garantia expressa de que na hipótese de sinistro indenizável, o Segurado não desembolsará, atingindo o seu patrimônio, para só então fazer jus ao reembolso através da Seguradora. A *indenidade patrimonial*, portanto, constitui a garantia máxima inerente ao contrato de seguro comutativo e não somente no D&O e nos demais citados neste tópico, sendo aplicável para todo e qualquer tipo de seguro. Este é o escopo do seguro na contemporaneidade e o CC/2002, artigo 787, tipificando genericamente os seguros de responsabilidade civil, não determina a figura anacrônica do “reembolso”, a qual deve ser banida do mercado nacional, definitivamente. A simples justificativa de que o termo *reembolso* existe, mas que as Seguradoras não o adotam no momento do sinistro, certamente não pode permanecer e não resiste sob qualquer pretexto, notadamente sob o crivo do bom senso e da razoabilidade. O disposto complementarmente ao *caput* do artigo 5º, mais precisamente no § 2º, inciso I, não reduz e nem anula a contrariedade ao regime de “reembolso”, conforme os parágrafos anteriores deste tópico. O disposto no inciso II, do mesmo § 2º, é inócuo, pois que se reveste de total obviedade, uma vez utilizado o sistema de apólice de indenização ao Segurado.

Art. 5º – § 3º – Despesas de Defesa do Segurado excluídas da cobertura básica da apólice: não há o menor sentido nesta determinação, uma vez que além de constituir exclusivamente item de política interna de subscrição das Seguradoras, as referidas despesas não deveriam ser normatizadas sob a condição de cobertura adicional. Do mesmo modo, cabe à Seguradora definir quais serão as despesas efetivamente cobertas pela apólice, podendo abranger os mais variados tipos, inclusive aquelas relativas às investigações

de sinistros. Não compete à Susep este tipo de determinação, sendo que o assunto sequer é de interesse público. Cada Seguradora deve construir o seu próprio clausulado do seguro D&O e imprimindo as individuais percepções delas e todas elas baseadas nas respectivas políticas de subscrição, as quais sofrerão o crivo do mercado consumidor, dependendo do maior ou menor grau de coberturas oferecidas e todas elas perfeitamente lícitas. Por que a Susep interfere em situação que não lhe compete e, certamente, prejudicando os interesses dos consumidores de seguros D&O? Por que despesas de defesa do segurado têm de constituir cobertura adicional? Não há lógica alguma nessa determinação, bastante arbitrária, diga-se. Nada pode impedir que as despesas de defesa constem do rol das coberturas da apólice de forma automática, sendo que a Seguradora, de livre determinação, poderá estipular LMI separado para a cobertura ou deixar claro que elas estarão abrangidas pelo LMI da cobertura básica. Nessa mesma linha de entendimento, a determinação enseja a ideia de que a cobertura das despesas de defesa, sendo adicional, não poderá, em hipótese alguma, ter a natureza de cobertura básica da apólice, o que também não se justifica. Há segmento de riscos no mercado nacional que contrata apenas este tipo de cobertura, até mesmo por questão estatutária que não permite a contratação do seguro D&O em relação às consequências dos atos falhos da administração. Fundos de Pensão, por exemplo, e são muitos no Brasil, contratam apenas a cobertura de D&O restrita às despesas de defesa dos administradores e não cabe à Susep interferir neste tipo de situação encontrada no mercado específico, prejudicando as operações até então entabuladas com o setor. Deste modo, essa categoria de segurados deixaria de ser atendida pelo mercado em razão simplesmente da regulação da

Susep, a qual não leva em conta as especificidades do segmento, perceptíveis apenas pelos subscritores das Seguradoras e pelos Corretores de Seguros que estão no dia a dia e não pelo agente estatal, que se mantém totalmente afastado da realidade cotidiana do mercado. Não há, portanto, justificativa para a permanência dessa determinação, com o teor que ela se apresenta.

Art. 5º – § 4º – Cobertura para Multas: em outras oportunidades este tema já foi comentado em vários textos¹⁴ e ocasiões, sendo necessário reproduzir algo neste momento também. Penalidades de qualquer natureza impostas ao segurado, inclusive quaisquer despesas com a defesa do segurado relacionadas a essas mesmas multas usualmente constituem parcelas excluídas dos contratos de seguros de responsabilidade civil, seguro ambiental e mesmo no D&O. Dado o caráter *punitivo* das multas incorridas pelo segurado, elas são, em tese, intransponíveis para o âmbito da cobertura do contrato de seguro. Admiti-las seria o mesmo que desconsiderar o viés *dissuasório* que elas contemplam, além de desconstruir o *caráter punitivo* que elas apresentam. O Direito propugna justamente pela imputação de *penalização* ao infrator e de forma *individualizada*. Subverter esta finalidade não seria, inclusive, de bom Direito, além de a medida ser extremamente antipedagógica para a sociedade organizada. O seguro não pode ser convertido em licença para o cometimento de atos que atentem contra a paz social e os bons costumes. A multa é representada por uma sanção pecuniária àquele que descumpra norma obrigacional legal ou contratual. Além da natureza punitiva ela tem também a função *dissuasória*, ou seja, faz com que

14 POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, p. 190-195; *Seguros de Responsabilidade Civil: manual prático e teórico*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 475-481.

outros membros da sociedade se espelhem na sanção sofrida por aquele que descumpriu a norma, deixando de praticar o mesmo ato. Dada essa natureza punitiva, por princípio legal não poderiam ser transferidas à Seguradora e até porque a sua eficácia ficaria comprometida, uma vez repassado o ônus financeiro para outrem. Na lição de Lacerda, ao discorrer sobre os Seguros D&O e a exclusão das multas, o autor retratou o seguinte: “as apólices costumam prever a não cobertura de qualquer tipo de *“multa ou sanção de natureza penal contra uma pessoa segurada; multas ou penalidades impostas em virtude de descumprimento ou violação de normas e leis tributárias; ou multas ou penalidades consideradas não seguráveis pelas leis do Brasil”*¹⁵. Esta exclusão é encontrada em praticamente todos os clausulados de seguros RC, Ambientais e D&O, internacionalmente. Exemplos: Espanha – “o pagamento de sanções e multas de qualquer tipo”; EUA – “Multas e Penalidades – Pagamento de multas, penalidades, indenização por danos punitivos, exemplares ou multiplicados, baseados em ou resultantes do não cumprimento consciente, intencional ou deliberado pelo “segurado” de lei, regulamento, portaria ou reclamação administrativa. Esta exclusão também se aplica a quaisquer custas judiciais relacionadas a essas multas e penalidades. Esta exclusão não se aplica à cobertura de *indenizações punitivas, quando essa cobertura for permissível por lei*”; Portugal – seguro ambiental – “*Multas, coimas, taxas e royalties ou impostos por contaminação e as consequências do seu incumprimento, bem como pagamentos com carácter punitivo ou exemplar, mesmo que directamente relacionados com a motivação do dano*”; EUA – ambiental – “multas, penalidades ou danos triplicados;”. A questão das

multas voltou à arena de discussões no final de 2012 no Brasil quando a Susep proibiu que as Seguradoras continuassem a operar no segmento de seguros D&O concedendo esta parcela de cobertura. A procuradoria da Autarquia entendeu que o caráter sancionatório e mesmo dissuasório da multa, quando aplicada contra executivos, deixaria de existir sempre que o seguro arcasse com o ônus da medida administrativa, usualmente aplicada pela CVM – Comissão de Valores Imobiliários. O tema, agora, volta ao palco da discussão, principalmente em razão da Circular Susep 541/16 ter admitido a concessão da cobertura, modificando a posição anterior determinada pela Procuradoria daquela Autarquia. Apesar das vozes contrárias ao entendimento da impraticabilidade da cobertura para multas, a verdade repousa no fato de que poucos mercados de fato oferecem a cobertura para *multas* em D&O. A natureza da multa é imutável e nem mesmo o interesse comercial das Seguradoras que operam em larga escala os seguros de D&O pode alterar isso. Os profissionais da área, não iniciados em Direito, podem até contestar os princípios, mas os operadores do Direito não têm essa mesma prerrogativa caso observem, e deveriam sempre observar em face do rigorismo requerido pela formação, a coerência lógica a qual subjaz na teoria geral do Direito. A multa é uma punição e como tal não deve ultrapassar da pessoa que a ensejou. A retórica que tenta estabelecer diferença substancial entre a multa administrativa originária de *ato criminoso* (excluída da cobertura do seguro D&O) do *ato culposo* (coberto pelo D&O) não prospera sobre o crivo mais acurado e sistemático dos fundamentos e da hermenêutica do Direito. Em princípio, trata-se de mera especulação de índole essencialmente comercial e mercadológica do que de bom Direito. Talvez atrelada àquela discussão que foi objeto o próprio

15 LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O Seguros dos Administradores no Brasil. O D&O Insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 238.

seguro de responsabilidade civil no início do século passado quando da promulgação do CC/1916, ressurgiu agora a validade jurídica do tema da cobertura para multas. É diferente, contudo, o cerne da questão. A juridicidade ou não do seguro RC foi objeto de especulação doutrinária e pautada na dicção do artigo 1.436 do CC anterior (nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a *atos ilícitos* [doloso ou culposos] do segurado, do beneficiário pelo seguro, ou de representantes e prepostos, quer de um, quer de outro). A doutrina especializada, naquela ocasião, se ocupou da defesa do seguro RC, na medida em que o objeto da cobertura não se filiava a *atos dolosos* do segurado, além de considerar que os terceiros prejudicados seriam os beneficiários indiretos e, portanto, com forte apelo social neste tipo de seguro, uma vez que a sociedade teria a garantia da indenidade em sobrevivendo perdas e danos causados pelo segurado (o beneficiário direto deste seguro). A possível antijuridicidade do seguro RC foi de vez afastada e o CC/2002 modificou a norma contida no artigo 1.436, conforme o disposto no artigo 762 (nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de *ato doloso* do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro). A lógica subjacente não é a mesma encontrada no seguro D&O. Neste, haveria certa razão na concessão da cobertura para as multas apenas na condição de o Segurado ser a empresa que contratou o referido e que foi obrigada a pagar as multas por conta da má gestão dos administradores dela. A empresa, portanto, foi vítima da má gestão. Naqueles outros tipos de coberturas encontradas numa apólice D&O, notadamente as de garantia dos próprios administradores (diretamente ou pela via de ressarcimento do pagamento feito pela empresa), não. Em princípio, se o seguro D&O garantir a indenidade dos próprios

administradores infratores em relação as multas, estaria rompendo o filtro representado por elas, descaracterizando-o completamente. Uma vez concedida a cobertura, portanto, ficaria estabelecido, em princípio, o prestígio à má governança, à falta de observação atenta aos *compliance*s devidos, assim como o incentivo à administração não proba. Sobre este enfoque, os ministros do Tribunal de Contas da União, conforme decisão publicada no DOU de 28.11.2013, p. 128, em processo que tratou do Seguro D&O e da legitimidade da cobertura das multas, acordaram pela *improcedência* da contratação do referido seguro pelo segurado Centrais Elétricas Brasileiras S.A (Eletrobrás) o qual garantia as multas, com o seguinte Acórdão: "A contratação de seguro cuja apólice incluía cobertura de indenização ou pagamento de sanções aplicadas por órgãos do Estado, em virtude de atos praticados com dolo ou culpa, no segundo caso quando comprovado que não foram adotadas as precauções e as medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio, afronta os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República¹⁶, e no art. 2º, caput, da Lei n.º 9.784/1999.¹⁷ Na lição do professor inglês Youngman, nos seguros D&O "multas ou penalidades impostas pela lei, incluindo indenizações punitivas ou exemplares, são excluídas do seguro uma vez que (ele) não está autorizado a proteger alguém contra atos criminosos"¹⁸. Aprofundando a

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

17 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

18 YOUNGMAN, Ian. *Directors' and Officers' Liability Insurance*. England: Woodhead, 1995, p. 33.

análise no campo doutrinário, pode-se concluir que a questão da não possibilidade da concessão da cobertura para multas sofridas pelo segurado no âmbito do contrato de seguro se situa nos limites exigidos para a convivência harmônica em sociedade. Tem, também, viés ético a matéria. Neste sentido, até mesmo a utilização múltipla dos seguros de responsabilidade civil e na condição de obrigatórios já foi objeto de questionamento e sob o enfoque, conforme sinalizou Brutau, se “a socialização total do risco é compatível com a liberdade e a responsabilidade individual”¹⁹. Do mesmo modo, lembra Maria Elisabete Ramos, que “hoje, é de crise no *welfare state*²⁰ que se fala e do associado fracasso do sistema de responsabilidade social e de socialização”²¹. Se esta equação não estiver bem resolvida, os seguros podem erodir os filtros da prevenção, facilitando a produção de danos na sociedade. Neste sentido, o mesmo autor espanhol Puig²² lembra o ensinamento de Erhard Blankenburg²³ ao retratar que “o seguro deve proteger contra os riscos que escapam a toda previsão, mas não deve induzir a que se incorra nos mesmos riscos contra os quais se concede proteção”. Para relembrar o insigne jurista nacional Miguel Reale, “toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada”, além do fato de que “cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico”²⁴. Se a multa tem caráter punitivo e dissuasório, sendo ela

determinada pela sociedade e justamente para coibir a prática de determinados atos por todos os cidadãos e contrários à convivência harmônica em sociedade, o ordenamento jurídico certamente seria agredido se ela viesse a ser erodida completamente através da admissão de sua cobertura através do contrato de seguro. Desta forma, a multa atribuída pela CVM ao gestor da empresa, assim como aquela imposta pelo órgão estadual ambiental à empresa poluidora em nada difere daquela multa determinada pelo CNT contra o infrator de norma de trânsito e, todas elas, com a mesma natureza, não poderiam ser transferidas à Seguradora, deixando impunes e indenes os respectivos transgressores. Qual seria o objetivo da multa de trânsito, afinal, se ela viesse a ser coberta e indenizada pela apólice de Seguro Automóvel? A ordem sistemática e lógica do Direito determina este entendimento acerca da impossibilidade de o seguro garantir a cobertura para as multas, de qualquer natureza. O afã da modernidade, em que pese a aparente vantagem existente na admissão da cobertura securitária para a multa, não poderia servir de sucedâneo para desconstruir a teoria jurídica que subjaz na matéria. A ordem do princípio legal e o respeito devido ao sistema não podem ser subvertidos. Na lição de Del Vecchio “quando se determinam os princípios gerais do direito, o pensamento individual não fica entregue a si mesmo, nem pode exercitar-se arbitrariamente”²⁵ e Carnelutti colmata ensinando a todos: “quanto mais geral é o princípio de direito, mais se aproxima daquelas fórmulas genéricas em que se traduz a pura regra ética”²⁶. Na visão civil-constitucional referente à função social do contrato, o Prof. Paulo Nalin assevera que “um contrato desprendido de sua função social sempre trará consigo

19 BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Barcelona: Bosch, 1983, p. 177.

20 Estado-Providência.

21 RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

22 BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*. Op. cit., p. 177.

23 BLANKENBURG, Erhard. Legal Insurance, Litigant decisions and the rising caseloads of Courts: A West German Study. In: *Law and Society Review*, v. 15, n. 4, 1981-82.

24 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

25 DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios Gerais do Direito*. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 25.

26 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 199.

um objeto ilícito, uma vez que contraria a ordem jurídica e a finalidade constitucional, de modo a eivá-lo de nulidade, mesmo que não prevista a sanção (inc. VII, art. 166, CC/2202)²⁷. Várias situações podem ser vislumbradas a partir dos entendimentos (reproduzidos neste tópico) e de conformidade com a lógica subjacente na interpretação da exclusão genérica aqui retratada²⁸, sendo que agora foi admitida a cobertura pela Susep e atendendo ao anseio de representantes do próprio mercado nacional, favoráveis à concessão, em que pese a doutrina reproduzida neste tópico e nem um pouco inconsistente. A prática demonstrará o resultado da concessão dessa parcela de cobertura também no Brasil. Tem sido observado, há tempo, que o Estado brasileiro tem especial apreço pela aplicação de multas, em praticamente todos os setores de atividades, com raras exceções, muitas vezes impróprias e sequer pedagógicas, perdendo o sentido subjacente que o instituto traz com ele. Há, ainda, a possibilidade de existir setores que deveriam ser multados e, no entanto, não são. Talvez pela leniência do Poder Judiciário e mesmo em razão de sua ainda morosidade extremada, o Poder Executivo age mais rápido, multando desmedidamente os infratores. Há, no Brasil, a cultura da “indústria da multa” em vários setores e, sendo assim, apesar da aparente evolução que pode ter representado a disposição da Susep em permitir a cobertura em seguros D&O, pode ser que a experiência demonstre a impraticabilidade dessa concessão em curto espaço de tempo, enquanto que o Mercado Segurador, muito provavelmente, deixará de se valer da prerrogativa, tão logo a má experiência materializada através de muitos sinistros reclamados chegue aos

Departamentos de D&O das companhias. Aguardar e observar, portanto.

Art. 5º – § 5º – LMI e Limite Agregado por Cobertura para todos os Segurados da Apólice: usual em todos os tipos de seguros de responsabilidade civil, universalmente. Importante ressaltar, todavia, que no modelo estratificado pela Susep de múltiplas condições de coberturas num único contrato de seguro e representadas por Condições Gerais + Condições Especiais + Condições Particulares, tem conduzido o mercado a estipular “várias coberturas” isoladas, mesmo para segmento especial como este de D&O e ainda em seguros de grandes complexos industriais tanto em Property, como em Responsabilidade Civil Geral. Este modelo, anacrônico e bastante ultrapassado se comparado aos mercados líderes mundiais, apresenta toda a sorte de impropriedades e inconvenientes. Ora, os modelos únicos de clausulados de apólices, tanto os “all risks”, como os “named perils”, apresentam LMI abrangentes e únicos também, na grande maioria, sem a multiplicação que existe no mercado nacional, desde a época do monopólio de resseguro. Esta prática precisa ser alterada, urgentemente. Coberturas abrangentes e aglutinadas em modelos únicos de clausulados apresentam LMI e LA únicos também. Uma sublimitação ou outra é até esperada e razoável, mas não a multiplicidade de LMI por cobertura ou por conjunto de coberturas. Este padrão está vencido, ultrapassado, embora escolhido como “modelo” pela Susep ao estipular a multiplicidade de condições nos diversos ramos de seguros. A Autarquia, por sua vez, não atua comercialmente no mercado e, tudo indica, sequer conhece a realidade internacional dos seguros, devendo se atualizar. Este campo de atuação, inclusive, não é matéria de interesse público, mas pertence tão somente à política de subscrição interna de cada Seguradora

27 NALIN, Paulo. *Do Contrato Conceito Pós-Moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Op. cit., p. 240.

28 POLIDO, Walter A. *Seguros de Responsabilidade Civil: manual prático e teórico*, Op. cit., p. 475-481.

privada, não devendo mais ser objeto de normatização pelo Poder Público.

Art. 6º – III – Danos Ambientais: os seguros D&O, ainda que seja adicionada à cobertura principal ou básica a “cobertura adicional de poluição ambiental”, não garantem propriamente os riscos ambientais, notadamente em relação à *reparação* efetiva do dano ambiental. Não poderia ser diferente o entendimento, até porque cada seguro tem o seu escopo de cobertura e atuação e a reparação de danos ambientais não está inserida no âmbito de uma apólice D&O, por mais completo que possa ser o leque de coberturas oferecidas por ela. O objeto se assenta na indenização por Perdas Financeiras em razão da alegada má *performance* do gestor garantido pela apólice D&O e sempre que um terceiro coberto reclame a referida perda, muito provavelmente um acionista, justamente em razão de uma situação ambiental que tenha comprometido a imagem ou as finanças da empresa segurada, inclusive o valor de suas ações, gerando *privação ou redução do lucro ou do ganho experimentado pelo referido terceiro prejudicado*. Não há, portanto, qualquer viés de cobertura visando à recuperação do local afetado pelo dano ambiental. Este entendimento constitui o padrão internacionalmente aceito e praticado. Os empresários e os administradores que contratam o Seguro de D&O não estão garantidos, portanto, contra as reclamações decorrentes de sinistros ambientais, requerendo indenizações e limpezas dos locais afetados, por exemplo, o que de fato apenas uma apólice típica do Programa de Seguros Ambientais pode cumprir. Extremamente relevante estabelecer esta dicotomia conceitual, até mesmo para ressaltar que a existência de uma apólice D&O contratada pela empresa em nada prejudicará a necessidade de ela contratar também, e *necessariamente*, a apólice típica do Seguro para Riscos Ambientais. Os

riscos cobertos e os respectivos escopos de coberturas são completamente diferentes de um contrato de seguro e outro²⁹. Assim, não procede aquela ideia que foi propagada erroneamente no mercado brasileiro no sentido de que o Seguro de Riscos Ambientais garante a *empresa*, pessoa jurídica e o D&O, por sua vez, garante o administrador, *pessoa natural*, contra os mesmos riscos ambientais. Antes mesmo da publicação da Circular 541/2016, mais precisamente no mês de maio de 2015, a Susep expediu cartas individualizadas às Seguradoras que operam o seguro D&O no país e determinou que todas elas excluíssem dos planos de seguros RC Diretores e Administradores as coberturas para os riscos decorrentes de danos ambientais e sob a justificativa de que eles pertenciam a ramo de seguro específico³⁰.

²⁹ É usual a utilização deste tipo de *exclusão* na “Cláusula referente à Extensão de Reclamações por Poluição” nos Seguros de D&O: “Riscos Excluídos: Exclusivamente para fins deste Endosso, a Seguradora ficará desobrigada a indenizar o Segurado por qualquer perda sofrida em decorrência de despesas de limpeza e despoluição ambiental em qualquer Reclamação”. Outro modelo de texto, porém, com o mesmo objetivo: “1.2. *Não estão cobertos* por esta apólice os custos ou despesas incorridas pelas Pessoas Seguradas e/ou pelas Sociedades com a investigação, saneamento, monitoramento e remoção da contaminação do solo, das águas de superfície, de lençóis freáticos ou de qualquer outra contaminação decorrente de Reclamações por Poluição, independentemente de tais custos ou despesas decorrerem de exigência de leis ambientais ou de ordem de qualquer órgão ou agência governamental competente para tanto, bem como os danos causados a bens móveis ou imóveis decorrentes dessa Poluição”. Os diversos tipos de cláusulas encontradas no mercado nacional, em D&O, nem sempre retratam com clareza os reais objetivos e escopo das coberturas determinadas em relação ao “risco adicional de poluição ambiental” naquele segmento especial de seguro, podendo gerar série de conflitos interpretativos no momento dos sinistros supervenientes. As traduções literais de clausulados estrangeiros que nada ou pouco têm de similitude com o ordenamento jurídico brasileiro e mesmo quando não há tradição naquele segmento de seguro podem constituir fonte inesgotável de conflitos, o que pode ser evitado, todavia. A redação deve ser clara e objetiva, de modo a pontuar exatamente o alcance da parcela de cobertura que está sendo oferecida em D&O, a qual não representa nenhum tipo de cobertura para a recuperação do dano ambiental em si.

³⁰ A Susep codificou os “Seguros de Responsabilidade Civil Riscos Ambientais” (cód. 0313), para fins de contabilização dos negócios afetos. O título oferecido não corresponde, de fato, à realidade dos Seguros Ambientais, os quais não são efetivamente seguros da área de

Não procede tecnicamente essa determinação taxativa da Susep, agora ratificada pela Circular Susep-541/16, pois que há situações diferenciadas na questão objeto da regulamentação feita e que não foram devidamente apreciadas pela Superintendência. A proibição prejudicará aquelas Seguradoras que sempre fizeram a alocação de forma correta de parte do risco ambiental nas apólices D&O. Essas Seguradoras, também afetadas pela norma taxativa da Susep, nunca garantiram qualquer tipo de *limpeza* ou a *recuperação* do dano ambiental em si, mas situaram sempre o alcance do risco aos exatos termos das coberturas oferecidas por uma apólice D&O típica. Dentro desta perspectiva de risco e dos contornos da subscrição que é feita em relação a ele no mundo todo, a determinação única do Órgão Regulador, sem levar em conta o aspecto diferenciador, é improcedente e coloca o Brasil em patamar inferior diferenciando-o dos demais países, o que certamente não é plausível e tampouco coerente com os anseios da sociedade brasileira que deseja se inserir do conserto das nações desenvolvidas. De igual severidade a ingerência determinada criou situação de desconformidade técnica e propiciou mesmo lacuna de cobertura no mercado nacional, uma vez que a apólice específica de Seguro Ambiental não está estruturada para garantir aquela parcela de risco inerente ao D&O, ou seja, ela não garante eventuais reclamações de acionistas em face das alegadas perdas financeiras que eles vierem a sofrer em razão da falha de gestão dos administradores da empresa seguradora. A apólice de Seguro Ambiental garante de forma ampla o “segurado”, chegando mesmo à pessoa natural do administrador, assim como seus respectivos herdeiros, mas não significa afirmar que ela abrangerá também o risco inerente ao

RC e esta inconsistência conceitual deveria ser objeto de alteração por parte da Autarquia.

D&O. Este ponto, de crucial importância, deixou de ser considerado pela Susep e, a partir do momento no qual a Superintendência entendeu que também esta parcela de risco deve ser suportada pelo Programa de Seguro Ambiental, assim como equivocadamente foi determinado no item III, do artigo 6º da Circular 541/16, instalou-se provável situação conflituosa e desnecessária, até mesmo com dificuldade de ser atendida pelos Resseguradores Internacionais, na medida em que eles não encontrarão nenhuma prática semelhante nos seus respectivos países de origem. Não é salutar ao mercado nacional distanciar-se completamente das práticas internacionais e principalmente em áreas tão específicas e complexas como essas: D&O e Seguros Ambientais. O entendimento individualizado e extravagante da Susep não pode modificar o pensamento que vigora internacionalmente. Sequer há parte hipossuficiente nesses tipos de seguros, sendo esta razão por si só determinante para que a Susep deixe de interferir nas bases contratuais pertinentes e criando mecanismos não encontrados nos demais países. Se determinadas Seguradoras, ainda que de forma equivocada, vinham concedendo a cobertura também para a *recuperação* dos danos ambientais através de apólices D&O, mesmo assim não justificaria a interferência do Poder Público, na medida em que o procedimento é lícito e não interfere nos direitos dos consumidores de maneira negativa. À Susep caberia, nesta situação, apenas verificar se as *provisões técnicas* se apresentam perfeitamente adequadas em face dos riscos subscritos pelas Seguradoras, mas proibir o procedimento não. O risco ambiental é de longa latência e extremamente complexo, não devendo ser garantido através de mera cláusula adicional num Seguro D&O. Mas se a Seguradora desejar subscrever desta forma e certamente poderá ser surpreendida com sinistros significativos, não cabe

ao Poder Público impedi-la. O papel do Estado deve se limitar à seara fiscalizatória e de interesses voltados à solvência e higiene do sistema, mas não na formulação de política de subscrição, cuja prerrogativa é exclusiva dos tomadores de riscos privados – as Seguradoras. A ingerência feita, portanto, se apresentou desmedida e incompatível com o mercado brasileiro neste atual estágio de desenvolvimento, o qual necessariamente deve se integrar ao mundo globalizado e desenvolvido, *urgentemente*³¹. Repisando o tema, na hipótese de a Seguradora subscrever o risco ambiental e de forma plena, ou seja, garantindo também as despesas de recuperação dos locais atingidos (*clean-up costs* – nos próprios locais segurados e em locais de terceiros), mesmo sendo temerosa a concessão, caberia à Susep tão somente exigir a devida equivalência dos prêmios e das provisões técnicas relativas ao risco (na análise da Nota Técnica e Atuarial) o qual, em grande parte das situações que se apresentarão, passaria a constituir a parcela mais exposta da apólice, muito além do risco da cobertura básica de D&O propriamente dita. Mas impedir não, pois que a política de subscrição compete à iniciativa privada, investidora no setor e não ao Estado-Regulador. A visão estanque e burocrática da Susep, estratificando os riscos em códigos de ramos de forma indivisível é algo que mais prejudica do que auxilia o desenvolvimento do mercado. Além disso, na era da informática, as Seguradoras têm todas as condições e ferramentas possíveis para contabilizarem parcelas distintas de prêmios em diferentes carteiras, ainda que a apólice seja única, mas apresentando várias coberturas de diversos ramos de seguros em face dos segurados. A burocracia estatal não pode prestar desserviço em relação aos interesses dos consumidores finais de seguros,

os quais ficam, sem sombra de dúvida, alheios à contabilidade dos seguros. O prejuízo à multiplicidade de coberturas por mera imposição estatal não se justifica no século XXI, no qual o consumidor vem sempre em primeiro plano e não o Estado e suas normas limitativas.

Art. 7º – Bases contratuais obrigatoriamente divididas em Condições Gerais + Condições Especiais + Condições Particulares: este modelo é dos mais impróprios possíveis, em muitas situações, além de não representar, de forma alguma, proteção adequada aos Segurados, assim como apregoa, equivocadamente, a Susep. Em qualquer país desenvolvido e com mercado igualmente maduro, são encontrados modelos de apólices com textos únicos – Condições Gerais Contratuais e completadas com algumas poucas Condições ou Cláusulas Particulares. Muitas informações importantes, inclusive, são inscritas na Especificação da Apólice, e com este procedimento várias cláusulas são eliminadas, transmitindo, assim, completa transparência e objetividade aos contratos de seguros, de todos os ramos. A Susep, por sua vez, apartada dessa realidade mundial, adota este modelo ultrapassado e que mais se assemelha a um “manual de subscrição”, tamanho o volume de cláusulas que cada apólice apresenta, confundindo os segurados, magistrados, advogados e outras partes que necessitam conhecer o teor completo deste tipo de contrato. Não há, portanto, razoabilidade nesta determinação, sendo que as Seguradoras devem estar livres para a determinação do(s) modelo(s) que julgarem mais adequado(s), passando também por clausulados únicos e completos, notadamente D&O, o qual tem a estrutura de apólice “all risks” e que não requer, por isso, a multiplicidade de condições. Do mesmo modo, a Susep impõe modelo único de clausulado por ramo, dificultando aquelas Seguradoras

31 POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. Op. cit.

que pretendem criar *mais de um modelo* para o mesmo ramo. São desconhecidas as reais razões pelas quais a Superintendência impõe este procedimento limitado no país. Não pode persistir este tipo de comportamento e não só em relação ao seguro D&O. Neste segmento especial, deve ser possível e esperado que aconteça, de as Seguradoras elaborem *diversos modelos* de clausulados únicos por categoria de risco e sem a utilização daquele padrão ultrapassado de CG + CE + CP. Desta forma, a Susep não deve impedir que este procedimento seja adotado pelas Seguradoras que operam em D&O, considerando-se que o público consumidor, inclusive, não necessita diretamente da intervenção estatal para protegê-lo. Nem mesmo nos outros ramos de seguros e ainda naqueles massificados, o modelo de múltiplas condições determinado pela Susep não resiste ao crivo da modernidade. Ora, por que não admitir ou mesmo exigir que as Seguradoras apresentem condições contratuais com coberturas reais e abrangentes, podendo ser determinado na apólice que o seguro, por livre iniciativa do Segurado e a pedido dele, abrangerá – naquele risco em particular – apenas a cobertura “x” e “y”, ao invés de anexar CG + CE + CP diversas que apresentarão, aparentemente, o mesmo resultado final? Retornando especificamente ao D&O, as Seguradoras devem elaborar clausulados únicos e abrangentes para os diversos segmentos, compondo *vários produtos* dentro do portfolio da carteira e a Susep não pode impedir este procedimento, o qual é encontrado em todos os países. Ao invés do registro de um único modelo de Condições Gerais, com várias Condições Especiais por categoria de riscos, as Seguradoras devem elaborar *vários produtos* abrangentes e sem a estrutura única determinada pela Susep na Circular 541/16. Desta forma, o mercado deve dispor de: “Condições Gerais Contratuais

para Seguro de Diretores, Conselheiros e Administradores de Empresas – D&O – Directors and Officers Liability Insurance” (grande maioria dos riscos subscritos na carteira); “Condições Gerais Contratuais para Seguro de Diretores, Conselheiros e Administradores de Entidades Fechadas de Previdência Privada” (empresas patrocinadoras de planos de benefícios – Saúde, Pensão, etc. – e seus administradores); “Condições Gerais Contratuais para Seguro de Diretores, Conselheiros e Administradores de Fundos de Investimentos – Private Equity & Venture Capital Entities”; outros. O modelo único e não segmentado por CG + CE + CP é muito mais apropriado e eficaz, e transmite objetividade ao contrato de seguro, notadamente para os segurados. O Estado, por sua vez, não pode intervir neste ponto e de maneira a impedir o procedimento, de livre iniciativa das Seguradoras, notadamente quando repercute na apresentação formal do contrato de seguro e na sua objetividade perante os segurados. O modelo único é sim melhor do que o modelo determinado pela Susep no seguro D&O e em todos os demais ramos de seguros, cujo padrão deveria ser observado, rompendo com o passado.

Art. 7º – I, b – Segurados escolhem seus advogados de defesa: esta determinação, também encontrada nos seguros de RCG, RCFV, E&O é algo que não deveria existir, sendo que a OAB-Seção São Paulo foi a protagonista dessa solicitação à Susep, sendo acatada pela Autarquia sem qualquer argumentação contrária. O corporativismo impresso nessa determinação não merece guarida perpétua, mesmo porque quem paga as despesas são as Seguradoras e elas poderiam sim participar da escolha dos advogados de defesa do segurado, sendo que elas são as mais interessadas na contratação de profissionais *efetivamente* conhecedores do Direito Securitário e das demais áreas afetas e

visando o melhor resultado possível dos processos. Além disso, as Seguradoras são litigantes profissionais, enquanto que os Segurados não, salvo exceções no âmbito empresarial. Se o Segurado escolher mal o seu advogado que o representará, além de ficar exposto ao risco de receber assistência deficiente, a Seguradora pagará os honorários e as custas correspondentes, além das consequências financeiras da defesa malsucedida. Não há, portanto, razoabilidade nesta determinação e deveria ser revista pela Susep de forma geral e não somente para esta situação específica do Seguro D&O, alinhando-se à praxis internacional. Usualmente as apólices estrangeiras de D&O determinam que deverá existir a aceitação prévia da Seguradora em relação à equipe jurídica que se encarregará da defesa dos segurados e também dos gastos (razoáveis) derivados³². Deste modo, em praticamente todos os mercados mundiais, as Seguradoras têm o direito de intervir na escolha dos advogados de defesa dos segurados, até porque, de acordo com o ordenamento jurídico de alguns países, as Seguradoras têm também a prerrogativa da promoção da ação judicial em nome deles. A determinação imposta pela Susep e por solicitação da OAB-São Paulo não encontra, sequer, respaldo legal específico, podendo e devendo ser revogada a qualquer tempo.

Art. 7º – III, a – cobertura adicional para herdeiros, representantes legais ou espólio do segurado; cônjuge ou companheiro: não compete à Susep este tipo de determinação, mesmo porque é condição inerente aos seguros de D&O essas pessoas serem consideradas automaticamente seguradas na apólice, independentemente de solicitação formal e condição

particular no contrato. A questão, portanto, é inerente à política de subscrição das Seguradoras e não de ingerência pontual da Susep. Não compete a ela determinar a condição particularizada, portanto.

Art. 8º e 9º – Cobertura Básica/ Cobertura Adicional deve mencionar a exigência de contratação de outra Cobertura Básica/ Adicional: esta determinação improcede, na medida em que o procedimento transforma os textos contratuais das apólices no Brasil em “manuais de subscrição”, sendo que esses últimos devem ser elaborados pelas Seguradoras, mas de uso exclusivo delas ou para serem enviados em parte aos Corretores de Seguros, pois que não interessam aos segurados. Os textos das apólices devem ser objetivos e concisos, transparentes, interessando apenas aos consumidores as coberturas efetivamente contratadas por eles e constantes daquela apólice. Atualmente, em face deste tipo de determinação da Susep, as apólices se transformaram em enormes manuais de subscrição, sendo que apenas uma cobertura e outra, da infinidade de cláusulas existentes e representadas por Condições Gerais + Condições Especiais + Condições Particulares + Condições Específicas (esta categoria foi criada recentemente pela Susep e não encontra justificativa para tanto), são efetivamente válidas para aquele determinado Segurado. Não há razoabilidade neste procedimento, certamente prejudicial a todos os envolvidos e especialmente os segurados.

Art. 12º – Vedada a referência a qualquer legislação estrangeira: improcede esta determinação e por várias razões. O D&O constitui seguro especial e que certamente não guarda semelhança absoluta com seguros de massa, assim como o de Automóvel. Só esta característica já justificaria tratamento diferenciado, mas pode ser acrescentado que as exposições de determinados riscos cobertos extrapolam

32 BLANCO, Miguel Ibarren. *El Seguro De Responsabilidad Civil de los Administradores y Altos Directivos de Sociedades de Capital (D&O)*. Espanha: Aranzadi-Thompson Civitas, 2005, p. 286.

o âmbito no território brasileiro, notadamente em relação àquelas empresas que têm ações nas bolsas internacionais, especialmente nos EUA e na Europa (American Depositary Receipts – ADR). O Brasil possui aproximadamente cem empresas de capital aberto com ADR's em bolsas internacionais, enquanto que elas representam, atualmente, cerca de cinquenta por cento da produção nacional relativa aos seguros D&O, segundo dados apurados pela FenSeg. Deste modo, os riscos pertinentes também estão expostos às respectivas legislações estrangeiras e, como tal, as apólices nacionais precisam estar atentas a elas e igualmente relacionadas. Um Ato promulgado pela U.S. Securities and Exchange Commission (Comissão de Valores Mobiliários dos EUA) pode determinar exposição de risco à empresa brasileira com ADR naquele país e, desta forma, se a apólice nacional de D&O, que ao mesmo tempo está exposta a reclamações de acionistas brasileiros e norte-americanos que se sentem prejudicados por atos de gestão dos administradores. A apólice D&O com este tipo de exposição não pode permanecer alheia àquela e a outras normas estrangeiras. Deste modo, a apólice não é puramente nacional e tampouco os riscos estão circunscritos ao Brasil e à legislação pátria. A imposição da Susep, portanto, é inapropriada e não condiz com a realidade existente no segmento, devendo ser suprimida integralmente.

Art. 12º, Parágrafo único – expressões estrangeiras com tradução: razoável a determinação, na medida em que os seguros são contratos no Brasil. Dependendo do segurado, as apólices D&O deveriam ser apresentadas de forma bilíngue, resolvendo de vez este impasse.

Art. 13º – Clausulados em utilização devem ser adaptados até 28.02.2017: se mantidas as determinações da Susep, mesmo porque a melhor medida seria a revogação integral da Circular 541/16 em

face não só de suas inconcretudes apostadas neste texto, mas por sua desnecessidade no mercado que já se autorregulou no segmento D&O, os clausulados já existentes não deveriam ser objeto de alterações, mantendo-se na condição de produtos “não-padronizados”. Aquelas Seguradoras que desejassem se submeter ao padrão Susep, então apresentariam o novo produto com base na referida Circular, sujeitando-se ao mercado competidor. O mercado nacional regredirá em termos qualitativos e quantitativos, na hipótese de a Circular Susep 541/16 de fato prevalecer como se encontra, em prejuízo de todos os *players* de seguros D&O no país, principalmente os consumidores. O Estado, no século XXI, em país democrático e de índole liberal no comércio, não tem este direito. Há, de fato, funções típicas que a Susep não tem desempenhado satisfatoriamente e, então, a atenção da Autarquia e do Governo, do qual ela faz parte, deve se dar sobre elas e não voltadas à estipulação de bases contratuais de seguros, de livre iniciativa das Seguradoras privadas que operam no país.

4. Conclusão

Adequar as funções da Susep às necessidades contemporâneas não se trata apenas de questão ideológica, mas de democracia, na medida em que a sociedade evoluiu desde a promulgação do DL-73/66 e, apesar de todos os percalços pelos quais passou e ainda passará, os interesses atuais são outros e o Estado-Interventor e Dirigista não condiz mais com o presente cenário. Se durante o longo período de monopólio de resseguro o mercado segurador ficou refém das deliberações únicas do ressegurador estatal, não evoluindo como poderia ter evoluído, mesmo assim aquele ressegurador admitia, não raras vezes, a utilização de *clausulados de coberturas diferenciados* e de acordo com os interesses individualizados das empresas

seguradas, notadamente aquelas de origem estrangeira, as quais já dispunham nos respectivos países de origem coberturas muito mais abrangentes e amplas do que os modelos tradicionalmente praticados pelas Seguradoras nacionais. Apesar na total falta de isonomia que este tipo de concessão representava, prejudicando muito mais as *empresas nacionais* que não tinham acesso ao mercado externo e privilegiando as estrangeiras aqui instaladas, a possibilidade existia e hoje não mais, logo após a abertura ocorrida em 2008. A Susep, derogando a possibilidade de as Seguradoras operarem com clausulados diferenciados no caso a caso, cuja determinação foi oficializada ao mercado através da Circular Susep n.º 458, em 21.12.2012, extinguiu o denominado “seguro singular” e na condição de que as Seguradoras deveriam enquadrar todos os riscos afetos aos diversos segurados do país, em qualquer ramo, naqueles clausulados já aprovados previamente pela Superintendência, pois que clausulados isolados não seriam mais admitidos. Através deste modelo de procedimento, a Susep conduziu as Seguradoras a uma condição nunca antes experimentada no país, mesmo durante o nefasto regime militar que vigorou por mais de vinte anos e que colocou o Brasil no obscurantismo total, notadamente em matéria de educação, cujos reflexos são sentidos até hoje. Este modelo, pautado na falta de experiência da Superintendência em matéria de seguros em regime aberto, conduziu o mercado a situação absolutamente imprópria, se comparada a outros países democráticos e livres, cujos mercados de seguros são maduros. Pode ser resumida a situação irracional encontrada, com os seguintes itens:

(i) A Circular Susep 458/12, em vigor até hoje, revogou o denominado “seguro singular”, basicamente extinguindo parte significativa da operação securitária representada pelo “*underwriting*” ou subscrição

dos riscos. Uma anomalia, portanto, a qual não encontra respaldo em qualquer mercado internacional ou, se existir, apenas em país extremamente atrasado ou com regime político de exceção;

(ii) A atividade seguradora tem na sua essência a pluralidade de situações de riscos e nem todos eles perfeitamente previstos e enquadrados nos modelos padronizados de clausulados existentes por ramo de seguro. A subscrição de riscos, cuja tarefa constitui o cerne da atividade, permite que a Seguradora aceite ou recuse riscos a ela submetidos, sendo que uma das principais partes deste processo consiste, justamente, no enquadramento dos riscos nos clausulados, sendo que grande parte das situações enseja a elaboração de *condições particularizadas* de coberturas, não previstas com anterioridade;

(iii) A determinação da Susep, contida na Circular 458/12, conduziu o Mercado Segurador a dispor de apenas *dois modelos* únicos de coberturas, por ramo ou segmento, ou seja: (1) o *clausulado padronizado* confeccionado pela Susep; e (2) o *clausulado não-padronizado* em tese elaborado pela Seguradora, mas extremamente direcionado pela Lista de Verificação confeccionada pelos servidores da mesma Autarquia, de forma bastante estanque e nada discricionária para a Seguradora, cujo resultado nada mais representa do que o clausulado “padronizado n.º 2”, pouco diferenciado do primeiro modelo estatal;

(iv) Para a Seguradora atender aquele proponente diferenciado e são muitos que se enquadram nesta categoria, no dia a dia e na grande massa de riscos, ela precisa incluir vasta lista de Cláusulas ou de Condições Particulares nas CG + CE já homologadas pela Susep, muitas vezes com número superior a vinte cláusulas, não sendo impossível de acontecer a necessidade de inclusão de número maior e na

ordem de cinquenta cláusulas. Desta forma, busca-se o fechamento do círculo dos riscos existentes, o que certamente nunca é alcançado de forma exemplar neste modelo estanque, deixando os segurados expostos a toda a sorte de lacunas e que repercutem negativamente para eles, toda vez que sobrevêm os sinistros. Não há, portanto, nenhuma razoabilidade e boa técnica neste procedimento rudimentar e ele é imposto pelo Poder Público, em detrimento dos interesses legítimos e particularizados dos consumidores de seguros, os quais constituem a figura central da relação securitária, mas que não têm direito de escolha no Brasil. A norma ultrapassada e arbitrária determinada pela Susep, conduz a este paradoxo: *nem mesmo os segurados podem escolher o melhor modelo de cobertura que eles desejam e que pagam por ele*. Se uma empresa, por exemplo, contratar profissionais especializados para elaborarem programa diferenciado de coberturas para ela, a apólice não poderá ser emitida com base nesses estudos, sem que a Seguradora se exponha ao risco de ser multada em eventual fiscalização da Susep. Esta situação paradoxal e que expressa a vontade do Estado em detrimento da vontade legítima dos consumidores de seguros, na medida em que a Susep impede que eles elejam o clausulado que realmente desejam que seja aplicado nos seus respectivos programas de seguros e justamente em relação àquelas pessoas que pagam os prêmios, é injustificável e não há como prevalecer indefinidamente no Brasil. A situação arpeja os mais comzeinhos princípios de liberdade de negociação entre partes legítimas e afetas a negócios privados, desconstruindo a base legal prevista na Constituição Federal e no ordenamento jurídico de forma sistêmica. O Estado não tem essa prerrogativa. O Departamento Técnico e Atuarial da Susep não tem o direito de impedir que Seguradoras negociem livremente

as bases contratuais com os clientes delas – os consumidores-segurados, mesmo quando elas não observarem os estritos padrões normativos estabelecidos pelo referido organismo administrativo estatal, bastando que o resultado da operação seja lícito em face do ordenamento jurídico vigente;

(v) Os clausulados “all risks”, de grande repercussão no mercado internacional e certamente o modelo mais apropriado e garantidor para grandes riscos e empresas de modo geral, encontram resistência frontal junto ao departamento técnico-atuarial da Superintendência para serem aprovados. Além disso, existe a questão de que a Susep determina que cada ramo deve ter *um modelo* de produto homologado, o que também não condiz com a modernidade e com a diversidade de tratamentos que a atividade seguradora requer. Essa determinação estanque é completamente inapropriada e certamente prejudica os consumidores de seguros do Brasil, além de privilegiar apenas aquelas Seguradoras que eventualmente não desejam de fato comercializar produtos diversos aos clientes delas, preferindo somente os modelos padronizados e estanques elaborados pela Susep. Os produtos de seguros, tecnicamente perfeitos, não são equiparados aos modelos do setor bancário, esses sim padronizados nos respectivos textos e na forma, mudando apenas as taxas aplicadas. Ainda assim, o Bacen não determina o modelo único para eles, diferentemente da Susep que tem essa pretensão em relação aos clausulados de seguros;

(vi) Tem-se hoje, no Brasil, repise-se, a situação insustentável de que nem mesmo aquele consumidor que desejar realizar programa de seguro bem feito e com coberturas amplas, com a devida aquiescência da Seguradora, conseguirá obter êxito no pleito, pois que as bases de aceitação impostas ao mercado pela Susep

são extremamente estanques e estão representadas neste tópico. Este resultado, encontrado invariavelmente no dia a dia do mercado nacional, conduz a sérias consequências, todas elas prejudiciais aos *players* que atuam no sistema: corretores de seguros, seguradoras, *brokers* de resseguro, resseguradores instalados no país, reguladores de sinistros, advogados especializados no setor, além do principal elemento, os *segurados*. Aqueles segurados que não são atendidos pelo Mercado local e especialmente aqueles de origem estrangeira, realizam então os seus seguros de acordo com os padrões mínimos encontrados no Brasil e conforme os cláusulos mal estruturados que são impostos ou conduzidos pela Susep, ampliando as coberturas através das respectivas apólices mundiais e contratadas nos países de origem, dentro dos conceitos DIC (diferença de coberturas das apólices primárias locais) e DIL (diferença de limites). Mesmo aquelas empresas brasileiras que apresentam operações no exterior e são muitas atualmente, acabam sendo obrigadas a contratar através de suas representações estrangeiras os seguros com as coberturas mais apropriadas que desejam se garantir e justamente em função das deficiências encontradas nos modelos de apólices nacionais. Repise-se, todos os *players* perdem muito com este procedimento e não só com a angariação diminuída dos prêmios, mas também diante da falta de experiência em grandes riscos, em todos os níveis de atuação. O Brasil perde com este modelo ultrapassado, em todos os sentidos. Também os seguros D&O, uma vez prevalecendo as inconcretudes determinadas pela Circular Susep 541/16, serão o próximo alvo dessa evasão injustificada de divisas e por razões óbvias, mas que podem ser perfeitamente saneáveis. Impossível o agente estatal permanecer impassível diante desse quadro real e por puro apego a determinações

ultrapassadas ainda previstas no DL-73/66. Tampouco as Seguradoras, da iniciativa privada, poderão permanecer no mesmo patamar, se submetendo injustificadamente ao arbítrio estatal que na verdade destrói conceitos de boas práticas amplamente experimentadas em países desenvolvidos e com mercados de seguros também maduros;

(vii) O modelo de estrutura contratual escolhido e determinado pela Susep, para todos os ramos, está pautado em CG + CE + CP e agora também Condições Específicas, sem alternativa para as Seguradoras. Este modelo, repise-se, já foi abertamente debatido neste texto e de forma a demonstrar que não se trata e sem qualquer margem para a dúvida, do melhor padrão de proteção aos segurados. Não há como prevalecer este *status quo* se o Mercado Segurador Brasileiro desejar, de fato, amadurecer e não só no âmbito dos Seguros D&O.

Concluindo, o Estado onipresente, marcado por ideais conservadores já ultrapassados na atualidade e com cipoal de normas burocráticas, muitas delas impróprias aos novos interesses eleitos pela sociedade pós-moderna, favorece a utilização de procedimentos que visem à ultrapassagem de obstáculos, ainda que nem sempre eivados de legalidade absoluta. Mas, para se buscar o mínimo de sobrevivência diante da inconcretude das normas, eles acabam sendo praticados e até incentivados. Os *interesses maiores* e todos eles *lícitos* dos segurados, no mercado competitivo, devem ser atendidos. Com este objetivo, assim como já acontece de forma maximizada com outros ramos de seguros, as Seguradoras acabam emitindo as apólices com os padrões que foram determinados e homologados pela Susep e incluem, no mesmo contrato, inúmeras cláusulas particulares, as quais modificam ou praticamente *anulam* todas as condições "padronizadas", de modo a oferecem

o mínimo de concretude esperada para a cobertura efetiva dos riscos, em bases mais sólidas do que aquelas determinadas pela Autarquia. Também em D&O o mesmo procedimento deverá ser seguido, se não houver a revogação da Circular 541/16, mesmo porque não se espera que toda a evolução que o ramo apresentou desde o início de sua operação no país nos anos 1990 seja perdida e com massiva evasão dos prêmios ao mercado externo, justamente porque as bases atuais impostas não podem atender aos interesses mais legítimos dos consumidores brasileiros de seguros D&O.

Combater este *status quo* tão prejudicial ao desenvolvimento dos seguros no Brasil é desafio que deve ser empreendido por todos os líderes do mercado privado de seguros, em nome da justiça e de modo a resgatar as bases técnicas fundamentais do setor, hoje embaçadas pelo Estado, cujo procedimento deixa o país em desigualdade absoluta se comparado aos mercados maduros.

Recentemente, o presidente da CNSeg, na apresentação que fez durante a realização de vento no mercado³³, se expressou metaforicamente dizendo que “*acho que o nosso setor tem um som legal, mas uma imagem ruim*”. Correta a avaliação, sendo

que todas as situações expostas neste texto materializam o pensamento daquele dirigente. Cabe à CNSeg, prioritariamente, na medida em que a instituição é a voz representativa da política do setor, empreender medidas que visem a transformação imediata deste contexto prejudicial ao sistema, notadamente para os *consumidores de seguros* do país. O momento é este pelo qual o país inteiro e suas instituições passam por verdadeira *reengenharia*, apesar deste termo se apresentar desgastado desde os anos 1990 quando surgiu, mas ainda válido na sua essência. Não há mais espaço para paliativos e para discursos ou medidas protelatórias.

Os consumidores de seguros, de todos os ramos, precisam ser atendidos, satisfatoriamente e com profissionalismo máximo, sendo que esta determinação traz com ela a utilização de clausulados de coberturas modernos, abrangentes, concisos, objetivos e transparentes. Este é o paradigma atual que deve ser observado, enquanto que as normas determinadas pela Circular Susep 541/16 não traduzem este mandamento. Da mesma maneira, as Circulares Susep regulamentadoras dos ramos Responsabilidade Civil Geral, Riscos de Engenharia, Transportes e outros ramos de seguros.

³³ Fonte: portal da CNSeg, 10.11.2016, almoço em 08.11.2016, com líderes do mercado de seguros na cidade do Rio de Janeiro.

Green Bonds: o mercado de Títulos Verdes e as oportunidades para o Setor de Seguros Brasileiro



ANTONIO CARLOS TEIXEIRA

Consultor de Comunicação para Sustentabilidade,
Assessor Corporativo de transição para uma
sociedade de baixa emissão de carbono, editor do
blog TerraGaia

Introdução

Como Sociedade Global, um dos grandes desafios que temos pela frente é a transição para uma economia de baixo carbono. Numa Civilização baseada no petróleo, a tarefa não será nada fácil. Mas não é impossível. Dentre as ações urgentes a serem implementadas, a mais imediata é a redução das emissões de gases gerados pelas engrenagens que movem os nossos



modos de produção e consumo. O principal deles, sem dúvida, é o dióxido de carbono, o CO².

Os esforços para combater os efeitos danosos da excessiva emissão de CO² estão vindo de várias frentes. No setor de energia, por exemplo, os mercados posicionam-se para renovar e adaptar suas estruturas e regulamentações para seguirem no rumo da transição para a economia de baixo carbono. Na União Europeia (EU), o setor energético é peça fundamental para a meta de descarbonizar a economia entre 85% e 95% até 2050. Um dos caminhos para o alcance de tal objetivo é a utilização

massiva de fontes renováveis e de baixa emissão, como a eólica, de acordo com o recente relatório “Making transition work”, da organização Wind Europe.

Neste sentido, serão necessárias adequações e adaptações por parte de toda a cadeia produtiva, bem como acordos e compromissos que nos incentivem a pensar e a praticar esta mudança de comportamento. Tal evolução na percepção sobre a urgência na redução das emissões de CO² e demais gases de efeito estufa (GEE) é fundamental para o entendimento da necessidade de se direcionar recursos para o financiamento da transição para uma sociedade de baixa emissão de carbono.

A ideia deste artigo é encorajar e fortalecer a participação do Setor de Seguros Brasileiro, por meio de seus principais agentes (seguradoras, resseguradoras, corretores, instituições de ensino e de pesquisa, entre outros) em ações que visem a concepção e a implementação de carteiras de projetos de mitigação e adaptação aos riscos e efeitos de mudanças climáticas. Uma destas ações, sem dúvida, é a negociação dos chamados Títulos Verdes (ou Green Bonds), instrumentos financeiros específicos, capazes de aglutinar e incentivar programas e projetos para impulsionar a consolidação da sociedade global de baixo carbono.

COP21: a chave do Acordo de Paris

Durante a 21ª Conferência do Clima (COP21), realizada em dezembro de 2015 em Paris (França), os 195 países-membros da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) comprometeram-se a intensificar ações e investimentos para o desenvolvimento de uma economia de baixo carbono.

Além do objetivo geral de estabilizar o aumento da temperatura média do planeta Terra abaixo de 2°C em relação aos níveis

pré-industriais – e, se possível, deter este aumento ao redor de 1,5°C –, o Acordo de Paris indicou a importância da aprovação de recursos financeiros para ações de mitigação e adaptação às mudanças climáticas provenientes tanto de fontes públicas quanto privadas.

Também está previsto no acordo da COP21 a instituição de um fundo de US\$ 100 bilhões por ano para o financiamento climático, a ser criado pelos países desenvolvidos até 2025. Entretanto, este valor nem chegaria perto do volume de investimentos estimados por organizações como a Agência Internacional de Energia, Banco Mundial e World Resource Institute (WRI), necessários para a travessia da transição rumo à sociedade planetária de baixo carbono: US\$ 5 trilhões anuais.

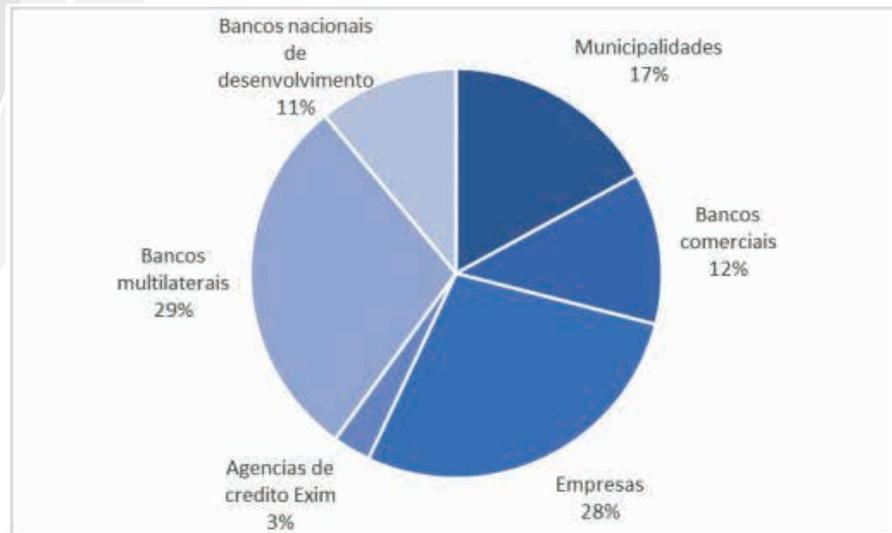
A mobilização de recursos por meio de instrumentos financeiros específicos para investimentos em programas e projetos ambientais e/ou climáticos encontra respaldo nos Títulos Verdes/Green Bonds. A crescente evolução destes papéis em nível internacional levou o grupo das 20 maiores economias do mundo (G20) a recomendá-lo aos seus integrantes, de acordo com o seu recente relatório “Climate Finance Study Group”.

Definição e mercados internacionais

Podemos definir Títulos Verdes/Green Bonds como papéis de renda fixa para captação de recursos que visem investimentos em projetos (novos ou existentes) baseados em questões ambientais e/ou climáticas. Caracterizam-se por financiarem “projetos ou ativos verdes” de longo prazo – algo que está estreitamente relacionado com investidores institucionais como fundos de previdência e seguradoras.

A primeira emissão destes papéis foi realizada em 2008 pelo Banco Mundial. Atualmente, são emitidos em dezenas de países

EMISSÕES ACUMULADAS DE TÍTULOS VERDES ROTULADOS, POR TIPO DE EMISSOR



Fonte: Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016 / Climate Bonds Initiative (CBI) 2016.

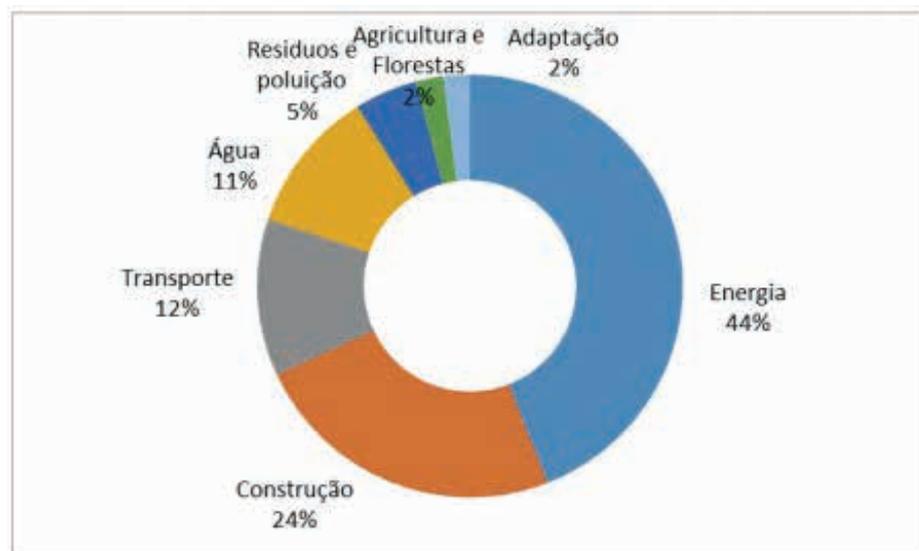
por bancos comerciais e empresas, e em mais de 15 moedas. Até 2012, os únicos emissores de Green Bonds eram os bancos de desenvolvimento multilaterais. Desde então, empresas, municípios, agências de crédito e exportação e bancos comerciais aumentaram significativamente a participação como emissores destes títulos.

Bancos de desenvolvimento multilaterais e municípios incluem cada vez mais componentes de adaptação às mudanças climáticas nos seus Títulos Verdes/Green Bonds, com vistas à criação de Projetos Verdes de adaptação às mudanças climáticas.

Desde 2007, emissores de países em desenvolvimento lançaram US\$ 10 bilhões em Títulos Verdes/Green Bonds. Atualmente, os mercados chinês e indiano estão entre os de mais rápido crescimento, principalmente devido ao apoio explícito de seus governos nacionais.

O setor de energia ainda é o segmento que mais se utiliza dos recursos obtidos com a emissão de Títulos Verdes/Green Bonds. Porém, os setores de transporte e construção civil começam a se destacar com expressivos crescimentos globais, principalmente em função das emissões de títulos chineses.

USO DOS RECURSOS DE TÍTULOS VERDES ROTULADOS, POR SETOR



Fonte: Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016 / Climate Bonds Initiative 2016

Nos cálculos da organização Climate Bonds Initiative, os negócios envolvendo Títulos Verdes/Green Bonds chegavam a US\$ 140 bilhões em setembro de 2016, além de outros US\$ 576 bilhões desses papéis que têm potencial para serem classificados como tal. Em resumo: Títulos Verdes/Green Bonds são instrumentos financeiros atrelados a adicionalidades ou atributos ambientais que promovem benefícios para mitigação dos efeitos causados por alterações climáticas.

O potencial do mercado de Títulos Verdes no Brasil

No Brasil, os papéis de renda fixa que poderiam ter adicionalidades ambientais/climáticas incluídas e ser classificados como Títulos Verdes/Green Bonds são:

- Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)
- Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA)
- Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI)
- Debêntures
- Debêntures incentivadas de infraestrutura
- Letras Financeiras
- Notas Promissórias

Se o foco for o mercado internacional, podem ser emitidos como *bonds*, *notes* ou *commercial papers*, utilizando qualquer instrumento regulamentado na jurisdição escolhida.

O “Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016” (documento lançado pela Federação Brasileira de Bancos – Febraban e pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável – Cebds) apresenta um excelente diagnóstico sobre o potencial do mercado de Títulos Verdes/Green Bonds no Brasil. A metodologia identifica os setores com maior

capacidade para desenvolver Projetos Verdes e que “poderiam receber recursos obtidos por meio de emissões de Títulos Verdes no mercado primário de capitais.”

De acordo com o documento, os setores com grandes possibilidades de investimento para emissões de Títulos Verdes são: agronegócio; florestal; energia; e infraestrutura, este último especificamente nas áreas de transporte, construção civil e saneamento. Segundo estudo da Climate Bonds Initiative, o mercado de títulos de renda fixa brasileiros com características ambientais positivas somava US\$ 2,9 bilhões em julho de 2016, incluindo aqueles rotulados e não rotulados como Títulos Verdes/Green Bonds.

“Estes setores são fundamentais para o crescimento econômico do Brasil e sua transição para uma economia de baixo carbono. Os Títulos Verdes representam uma grande oportunidade para direcionar capital aos investimentos necessários para alcançar os objetivos de combate às mudanças climáticas estabelecidos na COP21 por meio do Acordo de Paris”, aponta o Guia da Febraban/Cebds.

Participantes, diretrizes e princípios

O mercado financeiro global já dispõe de diretrizes específicas elaboradas por instituições internacionais para a elaboração de emissões de Títulos Verdes/Green Bonds. Como referência, podemos citar os princípios criados por organizações multilaterais como Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), International Finance Corporation (IFC), European Investment Bank (EIB) e International Capital Markets Association (ICMA).

Composta por mais de 50 instituições financeiras, a ICMA destaca-se pelo desenvolvimento dos globalmente reconhecidos Green Bond Principles, conceitos que fornecem orientações para atuação

no mercado destes títulos relacionadas a: identificação dos critérios de elegibilidade dos projetos financiados; seleção dos projetos; gestão dos recursos; monitoramento e reporte.

Os principais agentes envolvidos no segmento de Títulos Verdes/Green Bonds são os mesmos do tradicional Mercado de Capitais: emissores; coordenadores (underwriters); investidores; reguladores e supervisores; agências de rating; agentes fiduciários; auditores financeiros; sistemas de registro, depósito, liquidação e negociação de valores mobiliários; assessores legais.

Além destes integrantes usuais, o mercado de Títulos Verdes/Green Bonds conta ainda com a participação de uma terceira parte: os Agentes de Avaliação Externa,

que atestam, por meio de um parecer independente, os atributos ambientais positivos dos projetos para os quais os recursos captados serão destinados.

Os Green Bond Principles definem os seguintes formatos de Avaliação Externa:

- 1 – **Opinião**
- 2 – **Verificação**
- 3 – **Certificação**
- 4 – **Rating Verde**

As características desta avaliação e suas modalidades são detalhadas na tabela a seguir.

“Cabe ressaltar, no entanto, que é de responsabilidade do emissor do Título Verde garantir que a alocação dos recursos obtidos e o monitoramento do desempenho

EXEMPLOS DE FORMATOS DE AVALIAÇÃO EXTERNA

Opinião

- Parecer emitido por consultorias e instituições com reconhecida experiência e capacidade técnica na área de sustentabilidade.
- Não requer a existência de critérios pré-determinados.
- A chamada “*Second Opinion*” (Segunda Opinião) no mercado internacional pode se enquadrar nesta categoria.

Verificação

- Parecer emitido por empresas de auditoria ou por consultorias/instituições com reconhecida experiência e capacidade técnica na área de sustentabilidade.
- Verificação realizada com base em critérios internos ou declarações (*claims*) do próprio emissor.
- Também é possível fazer referência a diretrizes e princípios externos, como os “*Green Bond Principles*”.

Certificação

- Parecer emitido por empresas de auditoria e demais instituições acreditadas/aprovadas pelo órgão certificador.
- Avaliação realizada com base em critérios externos (padrão de certificação).
- O “*climate Bond Standards*” é, atualmente, a única certificação de Títulos Verdes disponíveis.

Rating Verde

- Realizado por agências de Rating ou instituições de pesquisa.
- Atribuições de uma pontuação verde específica para o título (e não para o emissor de forma geral).
- Em 2016 a agência Moody’s lançou suas regras para avaliação e atribuição de rating para Títulos Verdes.

Fonte: Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016 / Green Bond Principles (2016)

ambiental dos projetos ocorram conforme previsto. Neste sentido, a Avaliação Externa é a forma mais indicada para verificar o cumprimento destes compromissos, podendo ser também utilizada no processo de comunicação dos resultados aos investidores e coordenadores [das emissões]”, sugere o Guia Febraban-Cebds.

Emissão para financiamento de projetos ou investimentos verdes

Empresas atuantes no mercado brasileiro podem financiar ou refinarçar, com a emissão de Títulos Verdes/Green Bonds, um único ou um conjunto de Projetos Verdes identificados e/ou específicos. As corporações também podem optar pela emissão de Títulos Verdes/Green Bonds para financiar um programa de investimentos verdes, sem que os respectivos projetos sejam especificados no momento da emissão. Nestes casos, o emissor indicaria apenas a qual categoria de projetos os recursos seriam destinados (ex. eficiência energética, geração de energia renovável, tratamento de efluentes, etc.), deixando o detalhamento para ser feito posteriormente.

Benefícios para o emissor de Títulos Verdes/Green Bonds¹

1) Diversificação e/ou ampliação da base de investidores:

- acesso a novos investidores, como fundos sustentáveis (que consideram questões Ambientais, Sociais e de Governança – ASG), investidores com mandato específico para compra de Títulos Verdes ou com objetivos de longo prazo (como fundos de pensão, seguradoras e signatários do PRI – Principles for Responsible Investment/Princípios para o Investimento

Responsável), que por suas características podem manter o papel em carteira mesmo em momento de crise.

2) Ganhos reputacionais:

- maior visibilidade para os Projetos Verdes;
- instrumento de marketing positivo, diferenciando a emissão dos Títulos Verdes/Green Bonds das emissões convencionais;
- reconhecimento do comprometimento do emissor com a conservação do meio ambiente e com a mitigação e prevenção dos riscos originados pelas mudanças climáticas.

Benefícios para o investidor de Títulos Verdes/Green Bonds²

1) Maior transparência na utilização dos recursos:

- os projetos financiados com recursos obtidos pela emissão de Títulos Verdes são geralmente estruturados e enquadrados dentro de uma estratégia de longo prazo da empresa, devendo ser aderentes à sua política de responsabilidade socioambiental e revelar a governança para a sustentabilidade dos seus negócios.

- a clareza e destinação específica na aplicação dos recursos e no seu monitoramento podem fazer com que os Projetos Verdes apresentem menores riscos associados ao investimento.

2) Convergência com compromissos voluntários:

- investimentos em Títulos Verdes facilitam o cumprimento de compromissos para os gestores de recursos signatários do PRI e do Institutional Investors Group on Climate Change (IIGCC). Estes compromissos voluntários, assumidos por mais de 1.500 organizações dos mercados nacional e internacional, orientam investimentos em

1 De acordo com o Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016

2 De acordo com o Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016

projetos que favoreçam o desenvolvimento ambiental e social sustentável;

- para investidores especializados, com mandatos de sustentabilidade, a disponibilidade de Títulos Verdes facilita a identificação de projetos e ativos-alvo no mercado de renda fixa.

3) *Retorno financeiro:*

- os Títulos Verdes, em geral, apresentam retorno financeiro e preços definidos pelo mercado, assim como ocorre para os títulos convencionais.

Um “Mercado de Oportunidades” para as seguradoras no Brasil!

As instituições financeiras podem atuar com destaque no mercado de Títulos Verdes/Green Bonds, uma vez que podem ser emissores, coordenadores das emissões das empresas ou mesmo atuar como investidores. É um “Mercado de Oportunidades” ainda não explorado pelo Setor de Seguros: atualmente, apenas bancos comerciais e de desenvolvimento destacam-se entre as instituições financeiras de maior relevância no mercado internacional de Títulos Verdes/Green Bonds.

Sendo assim, a participação no mercado de Títulos Verdes/Green Bonds – seja como emissor, coordenador ou investidor – é uma grande oportunidade para as seguradoras no Brasil, em especial, as corporações do segmento que planejam ampliar as suas ações e estratégias socioambientais e de investimentos verdes para mitigação de emissão de gases de efeito estufa (GEE) e de riscos climáticos.

Como emissores, as instituições financeiras poderão emitir Títulos Verdes para financiar carteiras de Projetos Verdes de seus clientes (financiamentos ou empréstimos verdes). Mas também, a exemplo das empresas, podem emitir títulos para financiar ou refinar seus próprios

Projetos Verdes. “Um exemplo é a implantação de um amplo programa de eficiência energética em suas unidades administrativas, data centers ou rede de agências”, indica o Guia Febraban-Cebds. O documento aponta ainda que tais instituições “também podem se tornar grandes emissoras de Títulos Verdes para financiar empresas sem acesso ao mercado de capitais, contribuindo assim para alavancar a ‘economia verde’”. Ou seja: o mercado de Títulos Verdes/Green Bonds é um negócio a ser desbravado pelas seguradoras brasileiras!

Na experiência internacional, os programas de emissão de Títulos Verdes por instituições financeiras têm foco principalmente em carteiras de empréstimos para projetos de energia renovável, eficiência energética e construção sustentável. A tabela a seguir mostra, também, exemplos de outros setores e áreas como opção para projetos a serem financiados por meio de “green bonds”.

Responsáveis por movimentar volumes significativos no mercado financeiro, com carteiras de investimentos expressivas, os investidores institucionais são participantes essenciais do Mercado de Capitais.

Neste sentido, as seguradoras, que atuam na gestão de recursos de terceiros, operam com uma perspectiva de longo prazo, visão fundamental para fomentar a sua ativa participação no mercado de Títulos Verdes/Green Bonds.

Tal incremento não beneficiará apenas as empresas seguradoras, mas todo o Mercado de Seguros Brasileiro. Além de incentivar negócios inovadores no segmento financeiro, irá propagar perspectivas e parâmetros ambientais e sustentáveis de vanguarda – em sintonia com aspectos de mitigação de impactos climáticos –, capazes de gerar inovações em produtos, programas e projetos nos campos do ensino, da pesquisa e do relacionamento com

EXEMPLOS DE ATIVIDADES ELEGÍVEIS PARA PROJETOS DE FINANCIAMENTO COM TÍTULOS VERDES

Categorias	Exemplos
Energia Renovável	Geração, transmissão, armazenamento ou uso de energia solar, eólica, bioenergia, hidráulica maremotriz (energia das marés), geotérmica.
Eficiência Energética (equipamentos e produtos)	Edificações sustentáveis (<i>retrofit</i> e novas construções) Sistemas eficientes de armazenamento Sistemas eficientes de aquecimento Redes inteligentes (<i>smart grids</i>)
Prevenção e controle da poluição	Tratamento de efluentes Controle de emissões (GEE e outros poluentes) Descontaminação de solos Reciclagem e geração de produtos de alto valor agregado Geração de energia a partir de resíduos Análises e monitoramentos ambientais
Gestão sustentável dos recursos naturais	Agropecuária de baixo carbono Silvicultura e manejo florestal sustentável Restauração de vegetação nativa Recuperação de áreas degradadas Pesca e aquicultura sustentável
Conservação da biodiversidade	Proteção de habitats terrestres, costeiros e marinhos Uso sustentável da biodiversidade Implementação de corredores ecológicos
Transporte limpo	Produção de veículos elétricos e híbridos Veículos não motorizados Ferroviário Multimodal Infraestrutura para veículos limpos
Gestão sustentável dos recursos hídricos	Tratamento e despoluição da água Infraestrutura para captação e armazenamento Infraestrutura para distribuição Proteção de bacias hidrográficas Sistemas sustentáveis de drenagem urbana Sistemas para controle de enchentes
Adaptação às mudanças climáticas	Monitoramento climático ou de alerta rápido Infraestrutura de resiliência (barragens e/ou outras estruturas) Desenvolvimento/uso de variedades resistentes a condições climáticas extremas
Produtos, tecnologias de produção e processos ecoeficientes	Selos ecológicos/certificados de sustentabilidade Desenvolvimento de tecnologia/produtos biodegradáveis ou de origem renovável Produtos/processos ecoeficientes

Fonte: Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016

os segurados, fortalecendo a transição do Setor e a sua contribuição para o alcance de uma sociedade e economia globais de baixa emissão de carbono.

Referências

FEBRABAN; CEBDS. **Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016**. Outubro 2016. Disponível em: http://cebds.org/publicacoes/guia-para-emissao-de-titulos-verdes-no-brasil-2016/#.WCcLX_krKUM. Acesso em: 12/11/2016.

FEBRABAN; CEBDS. **Guia para Emissão de Títulos Verdes no Brasil 2016**. *Versão para consulta pública*, 16/09/2016. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Titulos%20Verdes%20-%20Guia%20Febraban%20CEBDS%20-%20vConsulta%20Publica_final.pdf. Acesso em 12/11/2016

G20. **Climate Finance Study Group – Promoting efficient and transparent provision and mobilization of climate finance to enhance ambition of mitigation and adaptation actions**.

June 2016. Disponível em <http://g20.org/English/Documents/Current/201608/P020160815357624187353.pdf>. Acesso em: 14/11/2016.

UNDP. **UNDP and Climate Change – Zero carbono, sustainable development.** November 2015. Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Climate%20and%20Disaster%20Resilience/UNDP_and_Climate_Change.pdf. Acesso em: 13/11/2016.

WIND EUROPE. **Making Transition Work.** September 2016. Disponível em: <https://windeurope.org/wp-content/uploads/files/about-wind/reports/WindEurope-Making-transition-work.pdf>. Acesso em: 13/11/2016.

WORLD BANK. **Green Bonds: working towards a harmonized framework for impact reporting.** December 2015. Disponível em: <http://treasury.worldbank.org/cmd/pdf/InformationonImpactReporting.pdf>. Acesso em: 10/11/2016.

Sites sugeridos sobre green bonds e assuntos afins

Agência Internacional de Energia

<https://www.iea.org/>

Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)

<http://www.iadb.org/>

Banco Mundial

<http://www.worldbank.org/>

Bloomberg

<http://www.bloomberg.com/>

Climate Bonds Initiative

<https://www.climatebonds.net/>

Environmental Finance

<https://www.environmental-finance.com/>

European Investment Bank (EIB)

<http://www.eib.org/>

Green Bond Principles

<http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/green-bonds/green-bond-principles/>

Institutional Investors Group on Climate Change (IIGCC)

<http://www.iigcc.org/>

International Capital Markets Association (ICMA)

<http://www.icmagroup.org/>

International Finance Corporation (IFC)

<http://www.ifc.org/>

Principles for Responsible Investment (PRI)

<https://www.unpri.org/>

World Resource Institute (WRI)

<http://www.wri.org/>

Novo Código de Processo Civil e o Mercado de Seguros



ANTÔNIO BARBUTO NETO

Sócio nas áreas contenciosa e de arbitragem de TozziniFreire Advogados. Além da atuação nas cortes nacionais, participa de arbitragens domésticas e internacionais e auxilia clientes brasileiros em contenciosos perante as cortes de Nova York. Trabalhou como associado estrangeiro do escritório Debevoise & Plimpton em Nova York, possuindo licença para advogar nas cortes daquele estado. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fez pós-graduação (LL.M.) na New York University (NYU) e especializou-se em Gestão Empresarial pela Business School São Paulo. É co-autor do livro "Brazilian Arbitration: The Booming Years".



BÁRBARA BASSANI

Advogada sênior da área de seguros e resseguros de TozziniFreire Advogados, com atuação em contencioso judicial estratégico, contencioso administrativo e consultoria SUSEP. Membro da AIDA e da Comissão de Direito Securitário da OAB/SP. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, universidade na qual atualmente cursa o Doutorado, também em Direito Civil. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Frequentemente, ministra palestras e cursos sobre seguros. Autora de diversos artigos e do livro Seguros: Beneficiários e suas Implicações, entre outros.

TOZZINIFREIRE
A D V O G A D O S

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) em vigor desde 18/03/2016, certamente, já está impactando o mercado de seguros, embora ainda de forma tímida, tendo em vista certa resistência do judiciário e dos próprios advogados na aplicação de algumas das novas regras, o que com o tempo, tende a mudar, mesmo porque muitos profissionais irão ter a sua formação baseada unicamente no novo diploma.

Nesse contexto, citamos, abaixo, algumas das principais alterações que tendem a impactar cada vez mais o mercado securitário.

Normas Processuais Cíveis

A observância do princípio do contraditório está consagrada como regra expressa na parte geral do NCPC. Os artigos 9º e 10º dispõem que o juiz não pode decidir

contra uma das partes sem que a outra parte seja previamente ouvida, mesmo quando se tratar de matérias de ordem pública, até então comumente decididas de ofício, como é o caso da prescrição, decadência e incompetência absoluta.

Referida regra somente não será aplicada nos casos de tutela provisória de urgência e, também, quando se tratar de expedição de mandado de pagamento de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou obrigação de não fazer.

Ainda na parte geral, o NCPC consagra a regra de fundamentação das decisões, prevista no artigo 11, que tem sido frequentemente utilizada como argumento para reversão de decisões.

Jurisdição e Competência

Praticamente, não há alterações no NCPC em relação à jurisdição e competência. Houve a inserção de novas hipóteses de competência da jurisdição brasileira, no artigo 22, dentre as quais, destacam-se àquelas decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil, ampliando sobremaneira o rol.

Independentemente das regras em relação à legislação aplicável, o NCPC permite que a autoridade judiciária brasileira processe e julgue a demanda aqui no Brasil, na hipótese, por exemplo, de um seguro contratado no exterior por um residente no Brasil com um sindicato estrangeiro ainda que seja para cobrir riscos no exterior, o que pode causar um grande desconforto, especialmente, se o sindicato for citado no Brasil e tiver representação no país que não tem qualquer responsabilidade pelo risco segurado no exterior.

Outra ampliação de competência está na possibilidade de que ainda que a ação seja de competência estrangeira, poderá ser julgada no Brasil se as partes assim optarem.

Honorários Advocatícios

A grande inovação do NCPC no tocante aos honorários com maior impacto é a previsão da possibilidade de majoração em fase recursal, observados os limites do mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Vale notar que, para ações menos complexas, a regra geral costumava ser a autorização para interposição de apelação e a definição de estratégia ocorre quando da interposição de recursos para instâncias superiores. Com a possibilidade de majoração dos honorários em fase recursal, é recomendável que as empresas e os seus prestadores trabalhem de forma mais próxima ainda mesmo nos casos de menor complexidade, para definir, casuisticamente, a relação custo x benefício da interposição de recursos para a segunda instância.

Intervenção de Terceiros

No CPC/73, as formas conhecidas de intervenção de terceiros eram: nomeação à autoria, chamamento ao processo, denunciação da lide, oposição e assistência.

No NCPC, a nomeação à autoria foi suprimida e as demais formas de intervenção de terceiro continuam previstas, com algumas peculiaridades. Além disso, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae* foram incluídos na parte de intervenção de terceiros.

Em vez da nomeação à autoria, foi introduzida a sistemática de substituição do polo passivo da demanda, pela qual incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Assim, é importante que haja uma revisão daquelas situações em que a seguradora, em razão de parcerias comerciais, arguia a sua ilegitimidade, mas não indicava o verdadeiro responsável, já que a sua eventual omissão poderá ensejar o pagamento de uma indenização.

No tocante à denúncia da lide, modalidade de intervenção de terceiros muito utilizada nos seguros de responsabilidade civil, é importante mencionar que, agora, admite-se apenas uma única denúncia sucessiva. Embora a ação de regresso seja amplamente garantida no novo diploma, o custo de propor uma nova demanda versus o custo de promover a denúncia poderá gerar impactos. O diploma é silente acerca da possibilidade de serem promovidas denúncias coletivas e/ou *per saltum*.

Se julgado procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva, o que deve ser visto com cautela. Apesar de ser muito comum a celebração de acordos na fase de cumprimento de sentença estipulando o pagamento direto, com o desconto da franquia, a possibilidade de execução direta poderá gerar problemas nos casos em que os limites da condenação não forem claros em relação aos limites do contrato de seguro e à obrigação do denunciado. Maiores problemas ainda, quando se tratar de resseguro, operação na qual inexistente relação com o segurado, salvo em restritas hipóteses como quando há insolvência da seguradora e houver cláusula de pagamento direto no contrato.

O incidente de desconsideração de personalidade jurídica, cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título executivo extrajudicial também foi incluído como intervenção de terceiros.

O incidente está sendo muito festejado pelos operadores do direito, já que, agora, existe um procedimento próprio para sua abertura, muito embora referido procedimento já seja alvo de alguns questionamentos de ordem prática como no caso em que há suspensão do processo principal para decidir o incidente, mas a decisão do incidente depende da própria solução da controvérsia existente no processo principal, já que o NCPC é silente em relação à possibilidade de decisão conjunta (processo principal e incidente).

Finalmente, de forma expressa, o NCPC prevê que, de ofício ou a requerimento das partes, a depender da relevância da matéria, é possível a intervenção do *amicus curiae*, cuja delimitação dos poderes caberá ao juiz definir. Com isso, abre-se a possibilidade inquestionável de que, em um processo de maior impacto ao mercado, a SUSEP venha a se manifestar nesta condição, ou a própria CNSeg como já temos notícias.

Atos Processuais, Citações, Intimações e Comunicações

Em relação à forma dos atos processuais, o NCPC trouxe a figura do negócio jurídico processual de modo mais abrangente, para permitir que as partes estabeleçam mudanças no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa quando o processo versar sobre direitos que admitam a autocomposição.

Muito embora o negócio processual já fosse, de certa maneira, praticado, como, por exemplo, nas cláusulas de eleição de foro nos contratos, é inegável a expectativa acerca da sua larga utilização, seja de forma anterior ao ajuizamento da ação, quando da elaboração dos contratos, por exemplo; seja perante o juiz quando já tiver sido instaurado o processo, oportunidade na qual as partes poderão convenir sobre o procedimento, o que é uma

inovação no processo civil, na medida em que há certa aproximação com o processo arbitral neste tocante.

Cabe ao juiz controlar a validade do negócio jurídico processual, recusando-lhe aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou, ainda, quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Justamente, por isso, o negócio jurídico processual deve ser utilizado com cautela nos contratos e nas demandas que versem acerca de questões securitárias, sendo recomendável a sua previsão apenas nos casos de seguros de grandes riscos em que não haja relação de consumo ou em matéria de resseguros.

O NCPC permite, também, a “calendariização” dos atos processuais, com a possibilidade de fixação de prazos diversos daqueles previstos na legislação, vinculando as partes e o juiz. Apesar de a referida possibilidade ser bastante interessante, as expectativas em relação à aplicação prática da fixação de calendário são baixas, considerando a dificuldade de cumprimento por parte do juiz.

Em relação aos prazos, a principal novidade é o cômputo somente em dias úteis, além da previsão expressa de que haverá suspensão do curso processual entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, uniformizando a referida suspensão para todos os Tribunais, diferentemente do que ocorria até então. Apesar da uniformização da contagem dos prazos em dias úteis, a sua aplicação no âmbito do Juizado Especial Cível tem sido objeto de intenso debate, em razão do Enunciado Cível 165 e o Enunciado da Fazenda Pública 13, aprovados em junho no 39º Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje), os quais determinam que os prazos de processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis e nos Juizados da Fazenda Pública passaram a ser contados em dias corridos.

Quanto ao recebimento de citações e intimações, a inovação é a possibilidade de ser feita, preferencialmente, por meio eletrônico, mediante cadastro obrigatório das empresas públicas e privadas (com exceção das microempresas e empresas de pequeno porte) nos sistemas de processo em autos eletrônicos. É indubitável que o NCPC consagra a forma eletrônica para os atos processuais.

Referido cadastro ainda é pouquíssimo adotado pelos Tribunais devido à necessidade de ajustes sistêmicos, bem como ao fato de que muitos processos ainda não tramitam de forma eletrônica. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) organizou audiência pública ocorrida em 11/05/2016 para abordar o alcance das modificações trazidas pelo NCPC, de forma a regulamentar alguns dos principais tópicos, dentre os quais, as comunicações processuais.

Como fruto das discussões, em 14/07/2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 234, que prevê a implantação (i) do Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN) como plataforma de editais do CNJ e instrumento de publicação dos atos judiciais dos órgãos do Poder Judiciário em que serão veiculadas decisões, sentenças, acórdãos e intimações; e (ii) da Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário.

Vale notar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria Geral da Justiça emitiram o Comunicado Conjunto nº 380/2016 para esclarecer alguns pontos relacionados aos procedimentos eletrônicos e a contagem de prazos, em razão da publicação do NCPC. Nos termos do referido Comunicado, o prazo em dias úteis afetará toda a área cível, exceto as competências do Juizado Especial Cível e do Juizado Especial da Fazenda.

Ainda no Estado de São Paulo, até o momento, não estão disponíveis o cadastro

e a citação eletrônica, sendo os atos processuais praticados na forma convencional mesmo nos processos que tramitam eletronicamente.

No Rio de Janeiro, foi realizada audiência pública para regulamentação, dentre outros assuntos, das comunicações processuais em meio eletrônico, da plataforma de editais, do Diário de Justiça Eletrônico nacional e do domicílio eletrônico judicial, para os efeitos do NCPC, mas o resultado dos trabalhos ainda não foi divulgado.

Em Minas Gerais, já existe um sistema de cadastramento, que deve ser observado, embora nem todos os processos tramitem de forma eletrônica e a implementação para casos que tramitam em primeira instância deva ser revista pelo Conselho Nacional de Justiça.

No Rio Grande do Sul também não foi implementado o sistema de cadastramento das empresas para recebimento de citações e intimações eletrônicas.

Tutela Provisória

O NCPC traz uma sistemática unificada para as tutelas provisórias, dividindo-as em tutela de urgência e tutela de evidência. As tutelas de urgência, por sua vez, dividem-se em tutelas “cautelares” e satisfativas (antecipatórias).

A tutela de urgência pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Muito embora o NCPC tenha revogado as cautelares típicas, há menção expressa no artigo 301, que *“a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”*, questão que tem sido

muito criticada pela doutrina, já que o NCPC não define arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protestos e, tampouco, há previsão para que os conceitos do CPC/73 possam ser utilizados.

O ponto mais preocupante e inovador, entretanto, consiste na possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente se a parte não interpuser o respectivo recurso.

A título exemplificativo cita-se um caso no qual o segurado pleitear em caráter de urgência, a concessão da tutela para manutenção de seu seguro-saúde. Se a seguradora não recorrer da decisão que conceder a tutela, em razão do caráter satisfativo, haverá a estabilização e a única forma de ser impugnada será mediante uma ação própria, dentro do prazo decadencial de dois anos. Assim, embora haja a estabilização da tutela naqueles autos, a decisão que a concedeu não fará coisa julgada material, podendo ser reformada ou invalidada em ação própria, que não se confunde com ação rescisória.

Não menos importante, o NCPC prevê algumas hipóteses referentes à responsabilidade objetiva da parte que se beneficiou da efetivação da tutela de urgência pelos prejuízos que causar à parte adversa, independentemente da responsabilidade por dano processual quando: (i) a sentença lhe for desfavorável; (ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Em tais casos, o NCPC dispõe que a indenização, sempre que possível, será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Por último, a tutela de evidência tem causado certo desconforto, pois pela literalidade do dispositivo que a prevê

independe da demonstração do perigo da demora para ser concedida, bastando alguns requisitos como quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não opõe prova capaz de gerar dúvida razoável. Nas hipóteses (ii) e (iii), a tutela poderá ser concedida em caráter liminar, ou seja, antes de ser ouvida a outra parte, sendo de extrema importância o alinhamento do mercado securitário para a formação dos precedentes judiciais.

Formação, Suspensão e Extinção do Processo

As hipóteses de formação e suspensão do processo continuam praticamente intactas, salvo em algumas situações. É o caso, por exemplo, da suspensão do processo pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas, cabível quando ocorrer a efetiva repetição de processos que contenham risco de controvérsia no julgamento de demandas que versem unicamente sobre questão de direito e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Nessa situação, a suspensão será de um ano, no máximo, podendo ser prorrogada.

Outra hipótese de suspensão do processo é quando for discutida em juízo questão decorrente de acidentes e fatos de navegação de competência do Tribunal Marítimo, o que pode ter um impacto considerável em seguros marítimos.

O NCPC esclareceu, também, a hipótese de suspensão por prejudicialidade externa entre a ação civil e a criminal, limitando o período ao mesmo prazo de um ano adotado nos casos de prejudicialidade externa entre ações cíveis. Apesar disso, não raro, na prática, a suspensão perdura por mais tempo, quando é necessariamente importante para evitar decisões conflitantes, como é o caso de demandas nas quais se pretende a cobertura securitária e o pagamento do capital segurado depende da comprovação da prática de crime pelo beneficiário do seguro de vida ou em demandas nas quais se pretende a indenização securitária decorrentes do seguro de cédula de produto rural e o pagamento por parte da seguradora depende da comprovação da responsabilidade dos agricultores apurada em ações próprias.

Finalmente, nos termos do NCPC, a extinção do processo dar-se-á por meio de sentença, sendo a referida terminologia criticada pela doutrina por não prever a extinção por acórdão, quando se tratar de processo de competência originária do Tribunal, necessitando de uma interpretação mais ampla.

Petição Inicial e Audiência de Conciliação

Em relação à petição inicial, a principal novidade é a necessidade de o autor manifestar seu interesse pela realização ou não de audiência de conciliação.

Outra inovação é a previsão expressa de que o pedido do autor considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, diminuindo, consideravelmente, o reconhecimento de inépcia da inicial quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o que já ocorria na vigência do diploma anterior.

Por outro lado, positivamente, o NCPC prevê que, na ação indenizatória, o valor

da causa corresponda ao pedido formulado, inclusive o fundado em dano moral, evitando, assim, o arbitramento do dano moral pelo juiz e o pagamento de custas iniciais sem considerar o pedido formulado a esse título quando genérico. Apesar disso, se o autor for beneficiário da assistência judiciária gratuita, estará dispensado do pagamento das custas.

Permanece a possibilidade de julgamento liminar de improcedência do pedido, independentemente da citação do réu, com a inclusão de algumas novidades. Com o NCPC, são hipóteses de julgamento liminar: (i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; e (v) se for verificada, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. A realização da audiência antes da elaboração da defesa é um incentivo à conciliação, mas irá demandar logística para a contratação de prepostos e deslocamento de advogados nas mais diversas comarcas.

Grande preocupação (diga-se de passagem, que não é exclusiva do mercado de seguros), é acerca da estrutura do Poder Judiciário em relação aos setores de conciliação para a realização de tais audiências. Tanto é assim que já temos notícias de juízes (especialmente em São Paulo) que estão determinando a citação com

observância do prazo anterior (15 dias contados da juntada do aviso de recebimento aos autos) sem a realização de audiência, sob o fundamento de que a conciliação pode ser realizada a qualquer tempo e que o Poder Judiciário não tem estrutura para promoção das referidas audiências. Embora compreensível do ponto de vista prático, decisões como essas são absolutamente ilegais, já que cabe tão somente às partes deliberar sobre a realização ou não da audiência, nos termos do NCPC.

É verdade que a audiência poderá não ser realizada, entretanto, a desistência é ato bilateral, ou seja, depende da vontade de ambas as partes. Para a seguradora, mesmo nos casos em que não há interesse real na realização da audiência, a desistência poderá não ser uma boa estratégia, já que isso poderá impactar no prazo para a apresentação da defesa.

Em outras palavras, se o caso exigir a elaboração de uma defesa com maior riqueza de detalhes, aguardar a realização da audiência poderá ser interessante para que haja tempo hábil de levantar todos os subsídios necessários à elaboração da defesa.

Contestação e Reconvenção

A contestação, no NCPC, passou a ser mais ampla, com a supressão das exceções de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa e a inserção da reconvenção em seu bojo.

Um ponto de alerta em relação à supressão da exceção de incompetência relativa que, com o NCPC, passou a ser matéria preliminar de contestação é o fato de que não caberá mais agravo de instrumento da decisão que rejeitar ou acolher a alegação de incompetência, embora tenhamos notícias acerca da admissibilidade de agravos nesta situação, em especial, na Justiça Federal ao considerar que o rol estabelecido no artigo 1.015 não é taxativo e pode ser

interpretado de forma extensiva em algumas situações.

Ainda, é possível que o réu apresente a contestação no foro que entender competente, o que deve ser acompanhado pelas seguradoras, especialmente, quando a ação for de ressarcimento.

A reconvenção passou a ser estruturada como um pedido contraposto, apresentada no bojo da contestação. Assim, tem-se uma contestação que deverá preencher os requisitos da contestação e uma reconvenção que deverá preencher os requisitos da petição inicial, como a questão da qualificação, valor da causa e respectivo recolhimento das custas.

De qualquer modo, dentre as questões de maior impacto, destacamos o cuidado que se deve ter em mente com a arguição de algumas teses comumente utilizadas, como, por exemplo, a ilegitimidade de parte.

Não raro as seguradoras adotam como estratégia a arguição de ilegitimidade, mas nem sempre indicam o verdadeiro legítimo em razão de parcerias comerciais. Agora, talvez o referido procedimento deva ser revisto e definido de forma estratégica junto com o prestador de serviço, na medida em que o novo diploma é expresso ao impor ao réu o dever de indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação (responsabilidade subjetiva).

Julgamento Antecipado Parcial de Mérito

Continua sendo possível o julgamento antecipado do mérito nas hipóteses de revelia e ausência de necessidade de produção de provas além daquelas já constantes nos autos.

A novidade é a inserção da possibilidade do julgamento antecipado parcial do

mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: (i) mostrar-se incontroverso; (ii) estiver em condições de imediato julgamento, nas hipóteses de revelia e ausência de necessidade de produção de provas além daquelas já constantes nos autos.

O grande problema é que a parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto, ou seja, o Código prevê uma sistemática com maior exequibilidade para o título formado do julgamento parcial de mérito do que aquela da sentença, tendo em vista que, como regra, ficou mantido o efeito suspensivo na apelação.

Saneamento e Instrução

A fase de instrução probatória merece atenção no tocante à carga dinâmica da prova e a possibilidade da realização da prova técnica simplificada, que consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico, o que auxiliará e muito, a solucionar desde casos mais simples que tratam de coberturas de invalidez até casos mais complexos que discutam resseguro e retrocessão.

Permanece a regra de que cabe ao autor comprovar fato constitutivo do seu direito e ao réu, fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor. A novidade fica para o ônus dinâmico da prova, tendo em vista que o NCPC prevê que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a

oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Outra novidade em termos de provas é a possibilidade da produção antecipada, em parte já existente no Código anterior, mas que ganha nova sistemática para auxiliar as partes na avaliação de suas chances de êxito em uma demanda futura. A antecipação de provas é cabível quando (i) haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; (ii) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (iii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Finalmente, vale mencionar que em 14/07/2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 232, que dispõe sobre a fixação de honorários periciais pagos com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, quando a prova for de responsabilidade de beneficiário de justiça gratuita.

Sentença e Coisa Julgada

Em relação à sentença, o NCPC manteve a sistemática já conhecida de resolução de mérito, com algumas mudanças redacionais.

A grande inovação é quanto ao incentivo à fundamentação das decisões judiciais, incluindo-se a sentença. O § 1º, do artigo 489, elenca as seguintes hipóteses nas quais não se consideram fundamentadas as decisões e, como consequência, irá se operar a nulidade: (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

(iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os julgamentos ultra petita (além do que foi pedido), extra petita (diferente do que foi pedido) e infra petita (aquém do que foi pedido) permanecem elencados como vício da sentença.

Por fim, o NCPC considera coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Há, portanto, uma ampliação dos limites da coisa julgada para que decisões interlocutórias, questões prejudiciais e parciais de mérito sejam protegidas pelo caráter de imutabilidade.

Fase de Cumprimento de Sentença – Título Executivo Judicial

O NCPC, de forma expressa, prevê a necessidade de requerimento do exequente para o início dos atos executivos no cumprimento de sentença (título executivo judicial). O NCPC também soluciona, sob o aspecto legislativo, a polêmica que já havia sido instaurada pela jurisprudência no sentido de que o executado deverá ser intimado para o pagamento do débito e, havendo advogado constituído, a intimação será feita na pessoa do advogado. Se, entretanto, o início da execução ocorrer após um ano do trânsito em julgado da decisão, a intimação do executado deverá ser pessoal, ainda que haja advogado constituído nos autos.

Além das matérias atualmente passíveis de embasar a impugnação, o NCPC acrescentou a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução.

O diploma inovou ao positivar que a decisão transitada em julgado poderá ser levada a protesto, transcorrido o prazo para pagamento, dando efetividade ao processo.

O requerimento de cumprimento de sentença por quantia certa deverá conter: (i) o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica; (ii) o índice de correção monetária adotado; (iii) os juros aplicados e as respectivas taxas; (iv) o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; (v) a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; (vi) a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados; (vii) a indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

Merece atenção e cuidado especial a previsão de que a antiga multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J, do CPC/73, passou a incidir no cumprimento provisório, conforme dispõe o artigo 520, §§ 2º e 3º, do NCPC.

Finalmente, houve uma ampliação das hipóteses de dispensa de caução para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

Processo de Execução – Título Executivo Extrajudicial

O CPC/73 elencava o seguro de vida e de acidentes pessoais de que resultasse morte ou incapacidade no rol dos títulos executivos extrajudiciais, o que causava bastante polêmica diante da necessidade de ser realizada prova pericial. No NCPC,

somente o contrato de seguro de vida em caso de morte é considerado título executivo extrajudicial.

Ainda no rol dos títulos executivos extrajudiciais, houve a inclusão: (i) do crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas, o que antes era cobrado em ação de conhecimento (cobrança); (ii) da certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; (iii) do instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. Assim, se a conciliação ou a mediação for feita em uma câmara credenciada pelo Tribunal, o acordo será um título executivo extrajudicial, o que é bastante positivo como um incentivo para a realização da conciliação e mediação.

A necessidade de prova da certeza, liquidez e exigibilidade permanece como requisito para todo e qualquer título executivo extrajudicial, sendo que o NCPC passou a prever, de forma expressa, que a necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título, conforme consolidado pela doutrina e jurisprudência.

Houve alteração da sistemática da fixação dos honorários advocatícios no processo de execução. Antes, aplicava-se a regra de apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4º, do CPC/73). Agora, aplica-se o percentual de dez por cento sobre o valor da execução, mantendo-se a redução pela metade na hipótese de pagamento no prazo de três dias.

Outra novidade é que há previsão expressa da citação por hora certa em execução, o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência. Também é possível a citação postal, o que confere maior celeridade ao processo.

O NCPC deixa claro que, para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

O artigo 854, do NCPC, apresenta critérios detalhados em relação à penhora on-line, com a segregação das fases de consulta sobre existência de ativos, indisponibilidade de ativos e sua transferência para a instituição bancária. Foi instituído o prazo de cinco dias para o executado comprovar que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis ou que ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

Inovação importante foi a possibilidade de penhora das quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência (art. 861). Foi eliminada a distinção entre praça e leilão.

Questão interessante é que o NCPC passou a prever o prazo e o marco inicial para a ocorrência da prescrição intercorrente. Assim, se a execução ficar suspensa por ausência de bens pelo prazo de um ano começará a correr o prazo da prescrição intercorrente.

Em relação às defesas do executado, não há previsão legislativa acerca da exceção de pré-executividade, embora o parágrafo único do artigo 803 mencione que a execução será nula quando (i) o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; (ii) o executado não for regularmente citado; (iii) for instaurada antes de se verificar a

condição ou de ocorrer o termo e, nos termos do parágrafo único do referido artigo, a nulidade em questão será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução, o que seria, na prática, a exceção de pré-executividade.

Quanto às regras de competência, andou bem o legislador ao estipular critérios próprios que facilitarão a busca de bens, evitando o uso de precatórias.

Por fim, o seguro de vida continua sendo elencado como bem impenhorável, tendo em vista que o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito. Grande novidade, mas pouco efetiva do ponto de vista prático, é a possibilidade de penhora de salário fora das hipóteses de dívida alimentar, desde que o executado receba mais do que 50 (cinquenta) salários mínimos por mês. Cumpre observar que o STJ já consolidou o entendimento de que é possível a penhora do valor que restar do salário mensal. Com a nova sistemática, resta-nos aguardar a fim de verificar se referido entendimento permanecerá.

Recursos: Aspectos Gerais

O sistema recursal sofreu importantes mudanças, entre as principais destacam-se:

- Uniformização do prazo para a interposição de recursos (15 dias, inclusive para o agravo interno), com exceção dos embargos de declaração que continuam com o prazo de cinco dias;
- Para a verificação da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem;
- Fim da denominada “intempestividade prematura”, com a expressa previsão de que será considerado tempestivo o

- ato praticado antes do termo inicial do prazo;
- Desnecessidade de ratificação de recurso anteriormente interposto se os embargos forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior;
- Dispensa expressa do recolhimento do porte de remessa e retorno nos autos eletrônicos;
- Eliminação da deserção imediata no caso de não recolhimento do preparo, com a possibilidade de recolhimento do valor em dobro em cinco dias, sendo que em tal hipótese, não se aplicará a regra da intimação para a complementação do pagamento das custas;
- Possibilidade da fungibilidade de recursos (os embargos de declaração podem ser conhecidos como agravo interno se for este o recurso cabível);
- Instituição de regra prevendo que a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos;
- Necessidade de o recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso, indo ao desentendimento da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ);
- Obrigatoriedade do relator, antes de considerar inadmissível o recurso, conceder prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível;
- Supressão do agravo retido;
- Possibilidade de majoração de honorários em grau recursal;
- Eliminação dos embargos infringentes com a introdução de uma nova técnica para julgamentos de acórdãos não unânimes;

- Possibilidade de ser negado provimento a recurso que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e súmula do próprio tribunal, diferentemente da regra prevista no CPC/73 em que não havia a possibilidade de se negar provimento com base em súmula do próprio tribunal;
- Possibilidade de ser realizada sustentação oral por vídeo conferência.

Apelação

A apelação permanece como o recurso padrão no NCPC, sendo que seu objeto está muito mais amplo do que já era. Isso porque, as decisões que não constam no rol impugnável por Agravo de Instrumento, não se tornam irrecorríveis, sendo impugnáveis na apelação ou nas contrarrazões de apelação.

O juízo de admissibilidade em primeiro grau foi eliminado, assim como houve a supressão do revisor da apelação. Vale notar que, pela literalidade da lei, não caberá agravo de instrumento da decisão que receber a apelação, sendo a mesma impugnável por mandado de segurança.

O efeito suspensivo continua sendo a regra na apelação, sendo que, agora, referido efeito será concedido não apenas para a apelação que confirmar os efeitos da tutela, como também, para aquela que conceder ou revogá-la.

Finalmente, o NCPC elenca as hipóteses em que o Tribunal poderá decidir desde logo o mérito, nos termos do art. 1.013, §3º.

Agravo

No CPC/73, eram cinco as espécies de agravo: instrumento, retido, regimental, interno, agravo contra despacho denegatório de recurso especial e recurso extraordinário.

No NCPC, houve a supressão do agravo retido e a revogação tácita do agravo regimental. O agravo contra despacho de negatário de recurso especial e recurso extraordinário torna-se agravo em recurso especial e extraordinário. Assim, tem-se apenas dois agravos do sistema anterior, quais sejam: agravo de instrumento e agravo interno.

Merece destaque a mudança em relação às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que deixou de ser aplicável para toda e qualquer decisão suscetível de causar dano irreparável à parte com hipóteses de cabimento taxativo, quais sejam: (i) tutelas provisórias; (ii) mérito do processo; (iii) rejeição da alegação de convenção de arbitragem; (iv) incidente de desconsideração da personalidade jurídica; (v) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; (vi) exibição ou posse de documento ou coisa; (vii) exclusão de litisconsorte; (viii) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; (ix) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; (x) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; (xi) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º e, finalmente, em outros casos expressamente referidos em lei, como ocorre na Lei de Recuperação Judicial e Falências. Além disso, continua sendo ampla a utilização do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Na tentativa de que não se proceda a um retrocesso em relação ao que ocorria na vigência do CPC/39, a doutrina vem sustentando uma ampliação do rol por meio de um raciocínio analógico capaz de defender o seu cabimento em hipóteses não taxativamente previstas e, com isso, evitar que o mandado de segurança volte a ser

impetrado de forma indistinta, com o desvirtuamento de sua função e o inchaço do judiciário.

Apesar do esforço doutrinário e da possibilidade jurídica da interpretação extensiva no nosso sistema, apenas com a formação de jurisprudência acerca da matéria, será possível confirmar a sua aceitação, a qual não se tem visto até o momento, sendo que a maioria dos agravos de instrumento interpostos na vigência do NCPC, em hipóteses diversas daquelas previstas no rol do 1.015 não tem sido admitida. Por outro lado, já temos notícias de mandados de segurança impetrados em face de decisões interlocutórias versando sobre competência, nos quais a segurança foi concedida, sendo a medida aceita como sucedâneo recursal.

Em relação às peças obrigatórias e facultativas, observam-se algumas mudanças pontuais, com pouca repercussão do ponto de vista prático.

A grande inovação é que a ausência de peças (obrigatórias ou facultativas) não gera o indeferimento liminar do agravo, restando a possibilidade de concessão do prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. Ainda, tratando-se de autos eletrônicos, dispensa-se a formação do instrumento com as principais peças.

O NCPC exige que o advogado do agravante indique as peças necessárias faltantes e indique a razão pela qual não está juntando as referidas peças, o que advogados diligentes já faziam na prática.

Por fim, ainda quanto ao agravo de instrumento, há possibilidade expressa de ser realizada sustentação oral quando interposto em face da decisão que versar sobre a tutela provisória (urgência ou evidência).

Em relação ao agravo interno, toda decisão monocrática do relator passa a ser objeto de agravo interno, razão pela qual o agravo

regimental perde o sentido. O agravo será dirigido ao relator, e, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta, sendo vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. Nesse contexto, a incidência de multa para a hipótese de improcedência é bastante preocupante.

Ainda, no CPC/73, não havia obrigatoriedade de inclusão em pauta do agravo interno, sendo esse “apresentado em mesa”. Com o NCPC, há obrigatoriedade da intimação do julgamento, o que facilita o acompanhamento da sessão, embora não seja possível sustentar oralmente.

Por último, o agravo em recurso especial e extraordinário tem cabimento contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

Supressão dos embargos infringentes

Os embargos infringentes foram eliminados e houve a criação de uma nova técnica para julgamentos de acórdãos não unânicos.

Nos termos do art. 942, do NCPC, quando o resultado da apelação não for unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de

outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

Essa técnica diferenciada de julgamento aplica-se, também: (i) em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; (ii) em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Não terá aplicação, entretanto, ao julgamento: (i) do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; (ii) da remessa necessária; (iii) não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Embargos de declaração

Houve um aprimoramento dos embargos de declaração no NCPC.

Inicialmente, destaca-se a ausência da necessidade de reiteração, na medida em que dispõe o art. 1.025, do NCPC que: *“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”*

Os embargos com efeitos modificativos foram reconhecidos, expressamente, pelo NCPC, sendo concedido ao embargado que já tiver interposto outro recurso contra

a decisão originária o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Outra importante inovação foi a disposição expressa em relação ao pré-questionamento ficto, previsto no artigo 1.025, do NCPC, segundo o qual, consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Embora na prática já fosse possível requerer a atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração, o NCPC contém previsão expressa de que a eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Merece atenção, também, a sistemática introduzida em relação aos embargos considerados protelatórios com a majoração da multa anteriormente imposta para tais situações.

No NCPC, quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios, ou seja, se tiverem sido opostos por três vezes embargos de declaração, o último considerado protelatório, não irá interromper o prazo recursal.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

Novidade no NCPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como objetivo a uniformização da jurisprudência. A instauração do incidente é cabível quando houver, simultaneamente: (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O pedido de instauração do incidente, dirigido ao Tribunal, poderá ser feito pelas partes, pelo juiz ou relator, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. De acordo com o quanto disposto no regimento interno, o Tribunal irá realizar o juízo de admissibilidade. Caso não seja admitido, a decisão que decidir será terminativa, ou seja, não tem o condão de impedir um novo pedido de instauração sobre o mesmo assunto. Caso seja admitido, será determinada a suspensão de todos os processos individuais e coletivos que tratem da mesma matéria, mas uma vez fixada a tese no incidente, cessará a suspensão dos processos, salvo se for interposto recurso especial ou extraordinário.

É possível, ainda nesta fase, que seja formulado um pedido direto no STJ ou no STF para que haja suspensão de todos os feitos no âmbito nacional. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que

tramitem nos juizados do respectivo estado ou região.

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda, se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. Em outras palavras, pela previsão processual, caberá à SUSEP fiscalizar a efetiva aplicação da tese adotada, o que causa bastante perplexidade, porque, além da norma processual interferir na regulação (o que parece ser questionável, embora muitos doutrinadores defendam a constitucionalidade da previsão), a Resolução CNSP nº 243/11, que trata das penalidades, sequer contém tipo penal para punir a supervisionada que não observar a tese adotada (tampouco, parece crível que crie norma para tanto).

O fato é que o IRDR já é uma realidade, tanto que temos notícias, de pelo menos dois casos públicos envolvendo seguros e que, certamente, trarão impactos para todo o mercado.

Incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência também é uma novidade introduzida pelo NCPC. É admissível quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de

processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Portanto, está relacionado à repercussão social e não à multiplicidade de demandas repetitivas. Há uma presunção absoluta da definição de repercussão social.

As partes, o juiz de ofício ou o Ministério Público podem suscitar o incidente, no próprio recurso, reexame necessário ou ação de competência originária. A depender do regimento, o órgão pleno decidirá o recurso e o incidente. Essa decisão resolverá o caso concreto e fixará uma tese jurídica, que passará a ter eficácia vinculante.

A sistemática dos precedentes, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência como mecanismos de uniformização de jurisprudência deverão ser acompanhados de forma conjunta e periódica pelo mercado, especialmente, para evitar a consolidação de entendimentos errôneos acerca de conceitos securitários muitas vezes ignorados pelo Judiciário.

Vale notar que a Resolução do CNJ nº 235, de 13/07/2016, dispõe acerca da criação de um banco nacional de dados que permite a ampla consulta às informações de repercussão geral, casos repetitivos e assunção de competência.

Enfim, apesar de não ter completado um ano em vigor, as alterações promovidas pelo NCPC, aos poucos, já podem ser percebidas e, certamente, trarão ainda mais impacto ao longo do tempo na medida em que os entendimentos forem sendo consolidados.

A recém-nascida regulamentação do Seguro D&O – comentários à Circular SUSEP nº 541/2016



FÁBIO AMARAL FIGUEIRA

Coordenador Nacional da Área de Societário do Veirano Advogados e membro das seguintes instituições: Associação Internacional de Direito do Seguro (AIDA), Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha (AHK), Câmara de Comércio França-Brasil (CCFB), seção Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), International Bar Association (IBA), Ordem dos Advogados dos EUA (ABA) e World Services Group (WSG).



AMANDA P. BORGES TRÉS

Advogada associada do escritório Veirano Advogados. É membro da Associação Internacional de Direito do Seguro (AIDA) e possui especialização em Direito Securitário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).



No último dia 17 de outubro, a tão esperada regulamentação do Seguro de Responsabilidade Civil D&O (*“directors and officers civil liability”*) foi apresentada pela Superintendência dos Seguros Privados (“SUSEP”) através da Circular 541/2016, aos agentes de mercado, operadores do direito e mercado empresarial. Não é novidade o fato de a mesma ter sido recebida com imensa expectativa pelos operadores do ramo do direito securitário, uma vez

que a referida modalidade de seguro já vinha sendo comercializada no país pelos últimos vinte anos sem qualquer regulamentação específica. Achamos oportuno apresentar comentários sobre alguns dos tópicos da referida Circular.

A recém-nascida norma trouxe consigo nítidas contradições e descompassos com a prática de mercado no que tange a comercialização do seguro D&O.

A principal delas, a nosso ver, é a expressa menção à cobertura de custos de defesa como uma cobertura adicional, conforme exposto no artigo 5º, §2º da Circular. Isso porque tal cobertura é, em sua essência, uma das principais coberturas da apólice D&O e razão importante para a contratação de tais tipos de apólice no mundo corporativo, uma vez que o adiantamento de despesas com honorários de advogados especializados, custas judiciais, honorários periciais, etc., poderiam, simplesmente, exaurir o patrimônio pessoal do segurado.

Não bastasse tal exclusão nitidamente descompassada com a prática de mercado, a Circular possui contradição evidente no tocante à obrigatoriedade de tal cobertura. Note-se que a redação da norma é clara ao prever que a garantia “*não cobre os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados, exceto **se** contratada cobertura adicional específica*” (grifos nossos). O artigo 7º, I, “b”, complementa tal disposição quando prevê que “*a cobertura dos custos legais e dos honorários de advogado está condicionada à contratação de cobertura adicional específica*”. Ou seja, diante de tais redações, pode-se concluir que a Circular deu um caráter facultativo à contratação da cobertura de custos de defesa.

No entanto, em seu artigo 7º, III, “a”, a Circular dispõe que “*é obrigatória a presença de cobertura adicional cobrindo os custos de defesa e honorários de advogados*”. Evidente, portanto, que a norma não conseguiu definir, de forma clara, se tal cobertura poderá ser excluída ou não por completo das apólices modernas de D&O.

Além disso, ao tratar da cobertura básica obrigatória, o artigo art. 5º da Circular, combinado com seu artigo 7º, II, a principal cobertura básica obrigatória seria a cobertura de reembolso das indenizações que o segurado tenha que pagar, a título de reparação, por danos causados a terceiros no exercício de suas funções de

gestão. No entanto, a redação do artigo 5º foi bastante infeliz quando previu que a garantia da apólice seria em relação a danos causados “*em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício de suas funções (...)*” (grifos nossos).

Em outras palavras, apesar de definir a expressão “ato ilícito” no inciso IV do artigo 3º, a Circular condiciona a cobertura da apólice de D&O à prática de “ato ilícito culposo”, expressão definida no inciso V do mesmo artigo, como sendo “*ações ou omissões voluntárias, que violem direito e/ou causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, decorrentes de negligência, imperícia ou imprudência do responsável, pessoa física ou jurídica*” (grifos nossos).

Tal redação é alvo, atualmente, de séria polêmica no âmbito do mercado de seguros, uma vez que a prática de mercado até o presente momento era a cobertura da apólice (no tocante ao adiantamento de custos de defesa) para reclamações movidas contra o segurado sem qualquer exigência quanto à culpabilidade do mesmo na fase inicial do processo.

Uma grave consequência que pode advir da redação da Circular, caso não seja modificada, será uma possível assunção de culpa *stricto sensu* por parte do segurado para que possa garantir o adiantamento dos custos de defesa, cobertura essencial do seguro D&O.

Além disso, o texto da Circular não foi claro, em seu art. 3º, XXIX, se a cobertura do seguro se estenderia aos procedimentos administrativos meramente investigatórios ou se se limitariam aos chamados processos administrativos sancionadores. Observa-se que a Circular só fez menção a “processo administrativo formal”, sem adentrar no conceito de forma exaustiva.

Outra inovação trazida pela Circular foi a possibilidade de inclusão de cobertura para multas e penalidades contratuais e

administrativas, conforme disposto no artigo 5º, §4º. Tal inclusão foi uma surpresa para o mercado securitário como um todo, uma vez que a própria SUSEP, através dos Pareceres SUSEP/DIRAT/CGPRO/COFIR/DIRET 148/2012, 179/2012 e 250/2012, havia se posicionado no sentido de que os seguros D&O não poderiam incluir cobertura para multas administrativas.

Sendo assim, nas apólices D&O a serem emitidas com base na recente Circular, será possível a inclusão de cobertura para pagamento de multas e penalidades que sobrevierem sobre a pessoa do segurado, cobertura que, como antes mencionado, não era incluída até o presente momento.

Por fim, um dispositivo inovador e bastante polêmico da Circular é o seu artigo 7º, III, "b", que dispõe que *"as cláusulas específicas alteram disposições das condições gerais, das condições especiais e/ou de coberturas adicionais, sendo obrigatória a presença*

de cláusula específica de arbitragem, nos termos da lei (...)" (grifos nossos)

Ao nosso ver, tal dispositivo pode gerar grande repercussão no âmbito do mercado de seguros, pois poder-se-ia interpretar que a Circular estaria obrigando os contratantes a não se submeterem ao Poder Judiciário em caso de qualquer litígio decorrente da apólice D&O. Consequentemente, os custos de eventual litígio decorrente da execução da apólice poderiam vir a ser bem maiores.

Não obstante os comentários acima e discussões outras no mercado, a regulamentação do seguro D&O poderia ser considerada, em linhas gerais, um importante avanço para o mercado segurador, uma vez que demonstra o reconhecimento, por parte da SUSEP, de um produto importantíssimo para a vida empresarial do país, produto esse já inserido no mercado mundial e brasileiro há décadas.

Conflitos de Interesse



VALERIA SCHMITKE

Legal & Compliance
Zurich Minas Brasil Seguros



Tenho falado muito sobre o jeito de ser dos brasileiros em relação a questões de Compliance, o que pode dar uma ideia errada sobre o que penso de nosso país. Primeiramente, quero dizer que amo o Brasil e penso que temos o melhor povo do mundo, um povo bom e hospitaleiro, pronto a ajudar e acolher quem precisar. Mas quando falamos da empresa moderna, algumas regras básicas devem ser aplicadas, que não são as mesmas que se aplicam às interações sociais.

Neste artigo tratarei dos Conflitos de Interesses, que se impedem o profissionalismo,

reduzem a produtividade e pioram muito o ambiente de trabalho.

Em primeiro lugar a empresa não existe para ajudar a seus amigos e conhecidos. Ela existe para cumprir seu propósito social, que é de criar empregos, pagar impostos e dar lucro a seus acionistas. As contratações que a empresa faz devem buscar esses objetivos, maximizando a utilidade dos bens e serviços contratados, ao menor preço possível. Portanto, ao decidir sobre o prestador de serviços que será contratado e os contratos que serão firmados, questões pessoais devem ser deixadas de lado.

A melhor empresa para fazer aquela manutenção necessária não é a do seu irmão ou amigo, é a empresa que apresentar melhores condições técnicas e melhor relação custo x benefício, se seu filho for um bom profissional, ele vai conseguir clientes sem seu “empurrãozinho”. Favorecer uma empresa por relações pessoais vai passar aos demais empregados e colegas a ideia de que eles podem fazer o mesmo, o que no longo prazo será extremamente prejudicial à empresa.

Mas e se a melhor empresa para prestar um serviço for mesmo a de seu irmão ou amigo, como resolver o impasse? O bom administrador tomará medidas para que a escolha seja feita de forma isenta sem sua participação; no entanto, em prol do ambiente ético e honesto na empresa, muitas vezes é preferível escolher o segundo melhor provedor.

Nas relações dentro da empresa é essencial também evitar conflitos de interesse. É inevitável que surjam amizades e relacionamentos no ambiente de trabalho e é bom que isso ocorra. Mas os relacionamentos chegam a um ponto em que a isenção fica prejudicada, especialmente se se tratar de chefe e subordinado. Todos já viveram a

situação em que um chefe tem uma amizade muito próxima ou um relacionamento amoroso com um/a subordinado/a. Qualquer decisão tomada em relação ao subordinado em questão é vista com desconfiança. Se o subordinado participa de um projeto importante, é porque é amigo do chefe; se o subordinado é promovido, é porque é amigo do chefe. Isso não é bom para nenhum dos dois. E como não falar da figura tão conhecida da “Primeira Dama”? A Primeira Dama manda e desmanda e ninguém questiona nada do que ela faz, porque ela é “muito próxima” do chefe. Em minha experiência corporativa não conheço nada mais efetivo para acabar com o ambiente de trabalho do que isso. Não há mais espaço, numa empresa moderna, para esse tipo de relacionamento.

Conflitos de Interesse são inevitáveis, mas devem ser revelados e tratados. É muito importante que o administrador se declare impedido de tomar uma decisão e faça algo para evitar situações como as descritas acima. Pode-se mudar de posição, alterar a área do/a subordinado/a e isentar-se de tomar decisões de contratação quando houver conflitos de interesse. Os brasileiros agradecemos.

Veja onde a **CrossOver Consulting & Auditing** pode ajudar sua organização!

Somos uma consultoria com expertise em Governança Corporativa, Gerenciamento de Riscos, Controles Internos e Auditoria Interna



As empresas, sejam de que tamanho for, necessitam cada vez mais de um processo bem estruturado de governança corporativa, incluindo processo de gerenciamento de riscos, controles internos efetivos e uma auditoria interna alinhada aos negócios da organização.

Vejam algumas de nossas soluções para **Gerenciamento de riscos**

- Elaboração do projeto de ERM,
- Capacitação em risco para os gestores,
- Criação da matriz de riscos,
- Avaliação de programa de riscos existente,
- Assessoria na implementação do ERM.

Vejam algumas de nossas soluções para **Controles Internos**

- Diagnóstico dos controles internos,
- Mapeamento de processos operacionais,
- Avaliação de risco dos processos,
- Alinhamento Risco vs. Controle,
- Assessoria na implantação da função de controles internos.

Vejam algumas de nossas soluções para **Auditoria Interna**

- Avaliação e adequação da auditoria às normas internacionais de auditoria,
- Terceirização dos trabalhos de auditoria interna,
- Supervisão e apoio à auditoria,
- Implantação do comitê de Auditoria

Vejam algumas de nossas soluções para **Programa de Capacitação**

- Controles Internos no contexto corporativo,
- Gerenciamento e avaliação de riscos,
- Auditoria interna baseada em riscos,
- Seminários e palestras específicas para a necessidade do cliente.

Nosso grande diferencial é que nosso staff é formado apenas por profissionais seniores com grande experiência, construída como: executivos, consultores ou docentes.

Temos certeza no sucesso de nossas soluções, construídas sob medida para nossos clientes!

Para mais informações, entre contato com a **CrossOver Consulting & Auditing** através :

Telefone: 55+11+2599-8360 - Email: eduardo@crossoverbrazil.com - Web: www.crossoverbrazil.com



Affiliate of ICI - Internal Control Institute USA