

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE DIREITO DE ARREPENDIMENTO E SEGUROS, COM ÊNFASE EM PRODUTOS DE ACUMULAÇÃO

João Marcelo Máximo Ricardo dos Santos¹

Amanda Barbieri Estancioni²

Trataremos nesses comentários do direito de arrependimento do consumidor aplicado a seguros, previdência complementar aberta e capitalização.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu artigo 49, confere ao consumidor adquirente de produto ou serviços fora do estabelecimento comercial o direito de arrependimento. Nos termos da Lei, exercendo o direito de arrependimento, o consumidor deve ser ressarcido, imediatamente, pelos valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, monetariamente atualizados.

A regra, em razão da ampla aplicabilidade, independentemente da natureza do produto ou serviço, já era originariamente problemática. Atualmente, com as recentes transformações das formas de consumo, ficou ainda mais inadequada. Isso, na medida em que aquisições de produtos e serviços de todas as espécies ocorrem de forma remota.

De qualquer modo, o Código de Defesa do Consumidor não é hierarquicamente superior a outras normas legais, como a Lei Complementar nº 109/2001, o Código Civil e as leis tributárias. Tampouco altera, com a referida regra, a natureza das coisas e a dinâmica de todas relações jurídicas. Por isso, a interpretação do dispositivo não pode prescindir da consideração das especificidades de cada espécie de produto ou serviço, especialmente quando se tratar de produto ou serviço cujo “consumo” se inicia no momento da contratação.

Nesse contexto, o direito de arrependimento não deve ser entendido como forma de resolução, rescisão ou denúncia, mas como uma alternativa necessária de fundamento legal para extinção contratual não culposa.

Ressalte-se, não se está aqui a tratar da invalidade não superada de um negócio jurídico, situação não confundível com o direito de arrependimento. Os efeitos, inclusive em termos de responsabilidade pré-contratual e contratual, de eventual invalidade deverão ser verificados em cada caso concreto, à luz da causa da invalidade. Aqui, diferentemente,

¹ Sócio Fundador do Santos Bevilaqua Advogados Associados, ex-Diretor e Superintendente substituto da Susep, ex-Presidente da Diretoria e atual Vice-Presidente do Conselho Superior da Academia Nacional de Seguros e Previdência e Membro do Board da Global Insurance Law Connect, rede mundial de escritórios de advocacia especializados em seguros.

² Advogada em Santos Bevilaqua Advogados. MBA em Gestão Avançada de Seguros pela Escola de Negócios e Seguros – ENS (em andamento). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela UNESP.

estamos discutindo o direito de arrependimento, que somente incide em contratações válidas.

Assim, o direito de arrependimento certamente não decorre e não dá causa à nulidade nem à anulabilidade do negócio jurídico. Daí a necessidade de se compreender os impactos da eficácia dos contratos durante o prazo iniciado com a contratação válida de um produto ou serviço e terminado com o exercício do direito de arrependimento.

Note-se, não se trata essa eficácia de tema que pareça passível de grande controvérsia. O próprio Código de Defesa do Consumidor deixa claro que o exercício do direito de arrependimento pressupõe a existência de um contrato válido e eficaz, que poderá perder sua eficácia por meio do arrependimento manifestado pelo consumidor. Assim, o arrependimento assemelha-se a uma espécie de condição resolutiva.

Em suma, o direito de arrependimento é um direito potestativo incondicionado que independe da apresentação de qualquer justificativa ou da possibilidade física de retornar ao *status quo*.

Diante dessa problemática, grande parte das legislações europeias³ que dispõe sobre o direito de arrependimento dos consumidores restringe o exercício da desistência do contrato.

Esse não é o caso do Brasil, onde não há, na legislação, vedações ou limitações ao exercício do direito de arrependimento. E isso é justamente o que impõe uma interpretação do direito de arrependimento subordinada a outras regras legais, regulatórias e contratuais e à natureza dos produtos e serviços adquiridos.

No âmbito do mercado de seguros, a Resolução CNSP nº 294/2013, que dispunha sobre a utilização de meios remotos nas operações relacionadas a planos de seguro e de previdência complementar, replicava os termos da norma do Código de Defesa do Consumidor que trata do direito de arrependimento.

³ Na França, o direito de arrependimento é consagrado no *Code de la Consommation*. O art. 121-18, 1º veda o exercício do direito de arrependimento em contrato de prestação de serviços no qual o consumidor tenha renunciado à desistência do contrato no prazo legal, e o art. 121-17, 4º veda o exercício do direito de arrependimento das contratações firmadas em leilões públicos.

O direito de arrependimento nas vendas celebradas à distância é regulado, na Espanha, pela *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, e, seu art. 45 veda o exercício do direito de arrependimento nas aquisições de produtos que estão sujeitos a flutuações do mercado financeiro e que o vendedor não possa controlar, produtos confeccionados sob medida ao consumidor, as compras de áudios, vídeos e programas informáticos, revistas e publicações periódicas.

Na Alemanha, o direito de arrependimento é previsto no *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, cujo exercício é vedado nos contratos para o fornecimento de mercadorias produzidas de acordo com especificações do consumidor; gravações de áudio ou vídeo; jornais, periódicos e revistas; e contratos de prestação de serviços os quais o consumidor tenha consentido com o início imediato da execução do contrato, nos termos do § 312b.

Essa replicação, ao mesmo tempo em que exibia certa cautela do regulador, podia ser vista como a confirmação da aplicação ampla do direito de arrependimento a qualquer situação, sem distinção.

Com o objetivo de simplificar a regulação, editou-se a Resolução CNSP nº 408/2021, para dispor sobre a utilização de meios remotos nas operações relacionadas a planos de seguro e de previdência complementar aberta.

Na nova Resolução, os dispositivos da Resolução CNSP nº 294/2013 que trataram do “direito de arrependimento” não foram incorporados, sob o fundamento de que como *“nem todas as situações de não aplicação direta podem ser previstas e listadas (...), opta-se pelo não tratamento infralegal da matéria, devendo os casos pertinentes serem tratados sob a égide do dispositivo legal”*, conforme exposição de motivos da norma.

Alguns exemplos citados pela SUSEP na exposição de motivos são: viagem iniciada, para seguros-viagem; aplicação de recursos em FIE, para planos PGBL e VGBL; participação em sorteio, para títulos de capitalização, entre outros.

Impecáveis o silêncio da norma e sua justificativa.

Como ressalta a SUSEP no quadro comparativo das normas, que *“no que se refere a um produto de seguro, quando se inicia a vigência das coberturas já há o “consumo” do produto, uma vez que o segurado já dispõe de cobertura securitária”*.

Assim, embora a nova Resolução não preveja expressamente o direito de arrependimento, a SUSEP deixou claro que esse direito continua (como não poderia deixar de ser) previsto na norma legal, ou seja, no Código de Defesa do Consumidor, e permanece aplicável às contratações de seguro, previdência complementar aberta e capitalização por meios remotos.

Não é demais notar que há ainda outro ponto passível de controvérsia na discussão ora comentada, qual seja, a equiparação entre contratação remota, nos termos da legislação, e a aquisição do produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, nos termos do Código do Consumidor. Contudo, não trataremos disso aqui.

De qualquer modo, a falta de previsão do direito de arrependimento na Resolução CNSP nº 408/2021, que dispõe sobre as contratações realizadas por meio remoto nas operações de seguro, previdência complementar aberta e capitalização, não significa que esse direito não seja mais aplicável a esses mercados, até porque esse direito está previsto em norma legal.

Entretanto, a própria SUSEP reconhece que há situações nas quais o direito de arrependimento deve ser interpretado com respeito às especificidades de cada situação, ou seja, a aplicabilidade desse direito deve ser avaliada no caso concreto.

É o caso, por exemplo, (i) do seguro viagem contratado e cancelado, no período de reflexão, após iniciada a viagem, (ii) do seguro paramétrico no qual a exposição ao risco seja está desproporcionalmente concentrada nos primeiros dias da cobertura, sendo que o cancelamento durante o período de reflexão pode significar que quase a totalidade do risco já decorreu e (iii) a contratação de título de capitalização e cancelamento após a participação em sorteio.

Ainda que o contrato perca sua eficácia com a exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, essa contratação, que foi válida por um determinado período, gerará impactos, que não são resolvíveis somente com o retorno ao *status quo*.

Em se tratando de produtos de acumulação, novamente, a contratação válida do produto gerará impactos no campo da tributação, da rentabilidade sujeita aos influxos da economia e do prazo de resgate de fundos, por exemplo.

Nesses casos, o direito de arrependimento somente poderá atingir a parte disponível pelo fornecedor. Por exemplo, a previsão da devolução imediata e monetariamente atualizada dos valores pagos deverá ser relativizada e os tributos devidos deverão ser retidos nos termos da lei. Por outro lado, eventual multa contratual não poderá ser cobrada do consumidor, no caso do exercício legítimo do direito de arrependimento.

Julgados localizados que tratam desse assunto específico são pontuais, mas, de forma geral, o Poder Judiciário preza pela transparência e fornecimento de informações claras e suficientes ao consumidor, quanto ao plano a ser contratado, especialmente quando o contrato for sido firmado em local diverso do estabelecimento comercial. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - MERCADO FINANCEIRO - PERDA DE VALOR INVESTIDO - OSCILAÇÃO DO MERCADO COM APRESENTAÇÃO DE RESULTADO NEGATIVO - FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO E DIREITO DE ARREPENDIMENTO - INOCORRÊNCIA - ÔNUS DA PROVA - AUTOR - ART. 373, I, DO CPC - NÃO DESINCUMBÊNCIA. (...)

O direito de arrependimento não é pertinente ao negócio jurídico discutido nos autos, diante de sua natureza própria de investimento financeiro, sendo certo que, assim que os recursos são aplicados em determinado fundo/ativo, estão sujeitos às oscilações do mercado, com maiores ou menores riscos, proporcionais a maior ou menor rentabilidade. (...) Permitir a devolução à autora de valor corresponde à perda financeira originada de resultado negativo apresentado por fundo de investimento poderia configurar hipótese de obtenção, por parte da mesma autora, de vantagem indevida, ou seja, hipótese de blindagem de resultados negativos eventualmente apresentados por fundos ou ativos financeiros, **não podendo o direito de arrependimento ser utilizado para tal pretexto, sob pena de se inviabilizar o próprio negócio jurídico de investimento financeiro, desvirtuando-se sua natureza.**

(TJ-MG - AC: 50853375920208130024, Relator: Des.(a) José de Carvalho Barbosa, Data de Julgamento: 11/05/2023, 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2023)

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. MÚTUO BANCÁRIO. DESISTÊNCIA. UTILIZAÇÃO DO NUMERÁRIO. PRAZO DE REFLEXÃO. INAPLICABILIDADE. FIM SOCIAL DO CONTRATO. VIOLAÇÃO DE BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) II. Cinge-se a controvérsia a averiguar se é aplicável ou não o direito de reflexão em contrato de mútuo

bancário. A respeito do tema, dispõe o art. 49 do CDC: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”. Cuida-se de direito instituído como forma de evitar abuso do fornecedor e proteger a boa-fé do consumidor, especialmente em razão de condutas agressivas de marketing, que promovem a compra irrefletida, por impulso. Nesse sentido, colhe-se da doutrina: “Como bem pontuam Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, tal direito existe para proteger a declaração de vontade do consumidor, possibilitando que ele reflita com calma nas agressivas situações de vendas a domicílio”. (TARTUCE; NEVES. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Gen/Método, 2015, p. 245). III. Acrescenta a citada doutrina: “deve ficar claro que a boa-fé objetiva deve estar presente para o exercício desse direito de arrependimento por parte do consumidor. Justamente para se evitar abusos é que o prazo de reflexão é exíguo, de apenas sete dias, conforme lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Em outras palavras, não pode o consumidor agir no exercício deste direito em abuso, desrespeitando a boa-fé e a função social do negócio, servindo como parâmetro o art. 187 do CC/2002, mais uma vez em diálogo das fontes” (TARTUCE; NEVES, obra e local citados). **IV. No caso, entende-se não ser possível a aplicação do direito de arrependimento, tanto pela natureza do bem e serviço disponibilizados, quanto pelo fato de o bem ter sido fruído pela parte recorrida. V. No que toca à natureza do bem, sabe-se que o produto das instituições financeiras é o crédito,** como deflui do conceito doutrinário: “Banco é a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal” (ABRÃO, Nelson. Direito bancário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 17, apud AGUIAR, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os contratos bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 1, Jan./Jun. 2003). A concessão de crédito, por seu turno, pressupõe os fatores tempo e confiança, na qual existe um risco calculado. **VI. Assim, o tempo é fator de relevo nos contratos de crédito, razão pela qual não se aplica o prazo de reflexão, atualmente de sete dias.** Com efeito, não se desconhece que tomar empréstimo de instituição bancária é distinto de tomá-lo de um parente ou amigo, que podem o fazer sem a cobrança de qualquer ônus, ao passo que o capital da instituição é, pela natureza de sua atividade, necessariamente remunerado. Desse modo, se o consumidor permanece por dias com numerário tomado por empréstimo de instituição bancária, sobre esse capital incidem juros e encargos contratuais, razão por que não se fala em direito de arrependimento desmotivado e isento de qualquer ônus, sob pena de contrariar a função social desta espécie contratual e resultar em insegurança jurídica que, em última instância, prejudica a coletividade de consumidores, ao aumentar os riscos do negócio, com reflexo nas taxas de juros. **VII. Com maior razão porque, no caso em tela, o numerário foi efetivamente utilizado pelo recorrido durante o “prazo de reflexão”.** Como se vê do documento ID 11666620 - Pág. 2 (extrato bancário), antes de realizar o contrato de mútuo o recorrido possuía em sua conta um saldo de R\$ 102,94. Com a quantia que recebeu em razão do contrato (R\$ 21.826,00, em 22/05/2019) realizou saques, transferências, pagou tributos e outros títulos, de forma que em 27/05/2019 seu saldo era de R\$ 2.998,23. Ou seja, utilizou quase 90% da quantia contratada para resolver suas pendências imediatas. Diga-se, ainda, que o recorrido é servidor público, com mais de 40 anos de idade, o que faz presumir seja pessoa instruída e com discernimento suficiente para avaliar as consequências do contrato bancário em questão. VIII. Por tais razões, entende-se que no caso vertente **não há que se falar em direito de arrependimento da parte recorrida.** IX. Recurso conhecido e provido para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Custas recolhidas. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/95). (TJ-DF 07328309420198070016 DF 0732830-94.2019.8.07.0016, Relator: ALMIR ANDRADE DE FREITAS, Data de Julgamento: 16/10/2019, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 21/10/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Previdência privada. Ação declaratória de nulidade de cláusula cumulada com pedido de rescisão contratual. Transferência da reserva matemática de entidade fechada de previdência complementar para entidade aberta. Opção pela transferência formalizada em local diverso do estabelecimento comercial da ré. Arrependimento manifestado pelo autor quando já esgotado o prazo previsto no CDC para o exercício de tal direito, cujo termo inicial é a data da assinatura do contrato, tendo em vista que, quando o autor manifestou sua opção, dispunha ele de informações claras e suficientes para compreender as condições em que se daria a transferência. Cláusula de irretratabilidade e irreversibilidade. Nulidade. Ausência. **Cláusulas que preveem ausência de direito à reversão da reserva em favor de beneficiários ou herdeiros e onde seriam investidos os recursos transferidos. Desvantagem exagerada do consumidor não identificada.** Recurso não provido. Arbitramento de honorários sucumbenciais recursais.

(TJ-SP - AC: 10084655120188260292 SP 1008465-51.2018.8.26.0292, Relator: Cesar Lacerda, Data de Julgamento: 10/10/2019, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/10/2019)

Em suma, o direito de arrependimento não existe somente no Brasil, mas aqui, sua previsão por norma ampla e que não traz mitigações ou regimes específicos para produtos e serviços cujo consumo se inicia no momento da contratação demanda cuidado na interpretação e na aplicação da regra. Isso ocorre no tocante a seguros, previdência e capitalização, incidindo essa necessidade de cuidado, inclusive, na contratação de produtos de acumulação.

De qualquer modo, para mitigar o risco de questionamentos pelo consumidor sobre o seu direito de arrependimento sobre produtos de seguro, previdência e capitalização, seguradoras e entidades de previdência devem fornecer informações claras e suficientes quanto ao plano a ser contratado. Merecem atenção, especialmente, no caso de produtos de acumulação, disposições sobre a correlação entre o direito de arrependimento, de um lado, e, de outro, a liquidez dos planos, prazos de carência para resgate de valores e regras tributárias.