

II Curso de Pós-Graduação em Direito dos Seguros

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

FDUL – Dezembro 2020

José Pereira Morgado

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

INDICE

I – Enquadramento

II – A Franquia e o Descoberto

III – Outras Figuras Afins

1. Período de carência; 2. Copagamentos; 3. Sublimites de capital; 4. Cobertura por camadas

IV – Questões Diversas

1. Exemplos Práticos de dúvidas sobre “funcionamento” cláusulas de franquia ou de descoberto e sua articulação com a cláusula de capital seguro; 2. atualização automática e projeção na cláusula de franquia; 3. Franquias múltiplas; 4. concurso de direitos do segurado e do segurador contra terceiro responsável; 5. a sub-rogação nas coberturas por camada, com seguradores diversos em cada uma.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

I - ENQUADRAMENTO

O artigo 49º, da LCS enuncia, no seu nº1, a noção de capital seguro – segundo a qual este representa o valor máximo da prestação pagável pelo segurador, por sinistro ou anuidade, consoante o estabelecido no contrato – e, no seu nº3, diz que “as partes podem fixar franquias, escalões de indemnização e outras previsões contratuais que condicionem o valor da prestação a realizar pelo segurador”.

A “admissibilidade” de tais cláusulas é, assim, prevista, de forma expressa, na lei, afastando, desse modo, controvérsias sobre a sua “validade”, verificados que sejam os restantes requisitos sobre os princípios gerais de licitude do conteúdo negocial.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

As Cláusulas mais correntes a que o nº3 do artigo 49 se pretende referir são, entre outras, cláusulas que prevejam: i) franquias; ii) descobertos, obrigatórios ou não; iii) períodos de carência; iv) plafonds ou sublimites de cobertura, por tipo de acontecimento ou de dano; v) copagamentos, ou taxas de participação; vi) cobertura por escalões ou em excesso, designadamente por diverso segurador em cada camada;

Tratam-se, em regra, de cláusulas através das quais se estipula que uma parte das perdas decorrentes da verificação dos riscos previstos num contrato de seguro (que, em princípio, não fora a previsão de tais cláusulas, seriam acomodáveis pela cobertura ou por uma tranche desta), ficam, consoante o caso, a cargo do segurado, do beneficiário ou, no caso das coberturas por camada, eventualmente a cargo de outro segurador.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

São cláusulas que têm a ver com a delimitação do “quantum” das coberturas e, reflexamente, com a determinação do valor da prestação a satisfazer em caso de sinistro, e que, obviamente, “funcionam” em estreita articulação com outras cláusulas previstas nas Condições Contratuais, em particular com a de “definições”, as relativas ao capital seguro, aos procedimentos de determinação do valor da prestação do segurador ou a outras matérias conexas.

Tais cláusulas constam, consoante as técnicas usadas por cada segurador, das Condições Gerais, Especiais, ou Particulares dos contratos celebrados e são, muitas vezes, materializadas em tabelas ou quadros anexos àquelas, nas quais se preveja: i) as coberturas contratadas; ii) os capitais seguros no âmbito de cada uma; iii) as franquias e/ou os descobertos e o modo como interagem com os valores seguros; iv) os períodos de carência, ou, v) outros limites, inferiores ou superiores, das coberturas convencionadas;

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Tradicionalmente o “uso” deste tipo de cláusulas era mais frequente na contratação dos seguros de coisas e, em particular, de coberturas de prestações indemnizatórias.

Hoje, o seu uso é transversal nos seguros da generalidade dos ramos/modalidades, incluindo em seguros que garantam prestações de valor pré-determinado, salvo nos seguros de vida e nalgumas outras coberturas de capitais de valor pré-fixado.

De notar, porém, que a LCS é omissa sobre a disciplina de tais figuras, ou de outras similares que as “praxis” negociais venham a generalizar, bem como sobre o modo como devam interagir com as cláusulas relativas ao capital seguro e aos procedimentos conducentes à determinação da prestação devida em caso de sinistro;

A própria noção de capital seguro, constante do nº1 do artigo 49 da LCS tem natureza meramente supletiva, sendo modificável por vontade das partes (artºs 12 e 13 da LCS, “a contrario”).

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Os específicos normativos legais e/ou regulamentares sobre seguros obrigatórios e clausulados a usar aquando da sua contratação deixam também às partes, em regra, ampla margem de liberdade, para a regulação convencional deste tipo de matérias (salvo sobre aspetos especiais imperativamente regulados: previstos, por exemplo, nos respetivos normativos ou nos artigos 146 a 148 da LCS);

Fora das situações de exceção, as partes podem, assim, por acordo, modular, sobre os referidos pontos, o conteúdo do contrato, atendendo à sua vontade e à especificidade das situações, embora no respeito pelos princípios gerais sobre licitude do negócio;

Neste contexto, cumpre passar em revista as noções mais correntemente usadas na prática relativamente às referidas figuras e o que as possa distinguir, bem como dúvidas que se possam suscitar na sua aplicação e modo de as ultrapassar.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

II - A FRANQUIA E O DESCOBERTO

Como já referido a lei não contém qualquer noção de franquia ou de descoberto, nem fornece critério seguro que “ajude” a distinguir as figuras; também a doutrina nacional não é muito elaborada ou desenvolvida sobre a matéria e a jurisprudência, ao nível dos Tribunais Superiores é muito escassa.

Por seu turno, os normativos que aprovam clausulados a usar aquando da celebração de seguros obrigatórios também não fornecem pistas claras que permitam distingui-las com clareza e “fixar” o respetivo regime;

É inegável, porém, que uma e outra, se a distinção tiver razão de ser, são cláusulas que têm por finalidade deixar a cargo do segurado, ou, se for o caso, do beneficiário, uma parte do risco e, conseqüentemente, do dano indemnizável (não fora a existência da cláusula e do estipulado).

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

De sublinhar que em vários clausulados aprovados por normas regulamentares da entidade antecessora da ASF (por todas, norma regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal nº 4/2009-R, aplicável a um conjunto de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, mas também norma regulamentar 16/2008-R, de 18.12, relativa a apólice de seguro obrigatório de incêndio) se dispõe, na respectiva cláusula 1ª, contendo definições, o que é entendido, para efeitos do respetivo contrato, por franquias. É o seguinte:

“Franquia, valor da regularização do sinistro nos termos do contrato de seguro que não fica a cargo do segurador”.

Não é fácil, a partir desta definição, saber-se, com segurança, o que a franquias seja e se algo a diferencia do denominado descoberto, v.g. no âmbito dos referidos clausulados.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

O artigo 20º do clausulado aplicável aos seguros de RC, contém ainda, aliás, sob o título de franquias, uma formulação contratual que aponta no sentido de, nos contratos a que se aplique, ser irrelevante a dissociação entre a figura da franquias e do descoberto, configurando ambas como uma “limitação de garantia”, não oponível aos terceiros lesados.

Face à inoponibilidade dessa “limitação” ao lesado/reclamante a solução não “perturba” o direito deste receber, se for o caso, a totalidade do capital acordado.

Mas, deixa em aberto dúvidas sobre o regime da relação segurado/segurador.

Quando o valor da indemnização devida pelo segurado for superior ao valor do capital seguro acrescido, pelo menos, do valor da franquias: quid júris?

O segurador tem, nessa hipótese, direito a ser reembolsado do valor da franquias ?

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Se o segurador tiver direito ao reembolso, o limite da sua responsabilidade fica aquém do valor do capital seguro, ao mesmo tempo que o segurado suporta, acima daquele, à sua conta, indenização de montante pelo menos igual ao valor da franquia que tem de reembolsar.

Esta questão é suscetível quer se esteja frente a uma franquia propriamente dita quer a um descoberto.

Qualquer das soluções parece possível, em abstrato. Mas, em cada caso concreto tem de se ter em conta o que as partes quiseram convencionar e como o materializaram em texto contratual.

Uma completa, equilibrada e clara “regulação” contratual da matéria parece justificar-se.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Como referido, a distinção, no plano teórico, entre a franquia e o descoberto não é fácil nem isenta de controvérsia.

Mas, na linguagem e prática correntes, elas são tradicionalmente diferenciadas, embora com nuances de segurador para segurador e de mercado para mercado;

Essencial, na ausência de norma reguladora, é atender ao que de cada contrato conste, em particular ao conteúdo das cláusulas que contenham as respectivas definições e que estabeleçam a articulação entre tais cláusulas e a de capital seguro ou de limite ou plafonamento de responsabilidade do segurador.

A mais impressiva “noção” de franquia que conheço é a adoptada por Malcolm A. Clarke (The law of the insurance contracts, fifth edition, pág. 894), sob a denominação de “deductible” ou “excess clause”.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Diz o seguinte (tradução livre): é a cláusula pela qual o segurado assume a primeira parte (ou camada ou tranche) de qualquer perda, expressa em quantia fixa ou em percentagem da perda”. Perda que, naturalmente, seria indemnizável ao abrigo do contrato, não fora o convencionado.

Esta noção corresponde ao que vulgarmente se designa franquias absolutas.

Através da cláusula denominada de “franquia simples” - no mundo anglo saxónico “franchise clause” - segundo M. A. Clarke, “o segurado assume a primeira camada (ou layer) da perda mas, uma vez que o montante da perda exceda essa camada (layer), o segurador responde por essa camada e por qualquer adicional camada coberta pelo seguro” (tradução livre).

Estas noções, por estas ou outras palavras, coincidem com as noções dominantes na doutrina e na “praxis” comercial dos mercados internacionais. A elas aderimos.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

A franquia, como o descoberto, podem ser “fixados” em valor absoluto ou em percentagem do valor da perda ou do próprio capital seguro, ainda que sujeitos a eventual limite, a prever no contrato.

Mas, outros critérios podem ser usados, não necessariamente de ordem pecuniária, designadamente o fator tempo (exemplos: primeiros dias de uma situação de incapacidade ou de impossibilidade de uso de uma coisa, também considerado período de carência).

As franquias e os descobertos podem ser contratadas por sinistro, ainda que se trate de sinistro em série (com a mesma causa), ou, ainda por anuidade, para uma sucessão de sinistros de diversa causa - num caso e noutro, fixando um limite agregado.

Podem, ainda, ser estabelecidas franquias/descobertos específicos, para certas situações especiais de risco: por exemplo, condução de uma viatura por detentor de licença de condução há menos de 3/5 anos.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Em regra, o valor da franquia pode ser “coberto”, por outro contrato;

O descoberto pode ser obrigatório por lei (ex: seguros de mercadorias transportadas por via marítima – art. 599 do C. Com – e seguros de crédito - artº 5º do DL 183/88, na redação dada pelo DL 31/2007) - ou por convenção e, nesses casos, fica vedado ao segurado adquirir cobertura para a parte da perda a seu cargo.

É usual dizer-se que a cláusula de descoberto obrigatório encerra um pacto de sub-seguro obrigatório.

Saber-se, numa situação concreta, se estamos perante uma cláusula de “franquia” ou de “descoberto”, depende da substância da cláusula, seu sentido e âmbito;

Em regra, o descoberto corresponde a uma quota da perda e a franquia à primeira tranche desta.

III - OUTRAS FIGURAS AFINS

1. Período de carência

Período imediatamente posterior à verificação de um “sinistro” abrangido pela cobertura, mas durante o qual as perdas em geral indiretas dele derivadas não ficam a cargo do segurador, ou seja, não se consideram compreendidas no denominado período de indenização, não sendo, por isso, reparáveis.

Exemplos: entre outros, coberturas de perdas de exploração ou de perdas pecuniárias por inatividade de uma empresa ou de estabelecimento desta ou por privação de uso de um bem; coberturas de um valor diário por incapacidade física de uma pessoa;

Há quem assimile a figura à franquia, denominando-a de franquia temporal.

2. Co-Pagamentos

São correntemente acordados no quadro da contratação de seguros de saúde e parece deverem ser configurados como uma sub-categoria do “descoberto”, obrigatório ou não, segundo o convencionado;

Podem ser “fixados” em valor absoluto, por tipo de despesa, ou em percentagem do valor desta;

São conhecidas situações em que se conjugam co-pagamentos de valor pré-fixado, por despesa, com cláusula de franquia ou de uma comparticipação no valor daquela;

Estas fórmulas de “comparticipação”, mais usadas nos seguros de saúde podem, no entanto, ser usadas em coberturas de outro tipo.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

3. Plafonds ou sub-limites de cobertura

Trata-se de cláusulas que estabelecem sub-limites superiores dos montantes das perdas a cargo do segurador, por acontecimento ou tipologia de danos, e a partir, ou em excesso, dos quais as perdas ficam a cargo do segurado, delimitando, assim, por cima a garantia do segurador.

Em contraste, é usual dizer que a cláusula de franquia absoluta deixa a cargo do segurado a primeira tranche da perda, delimitando a garantia do segurador por baixo.

4. Cobertura por camadas

Neste tipo de coberturas, o risco é repartido em tranches, cabendo ao segurador de cada uma, que podem ser diferentes, cobrir as perdas entre o limite inferior e o superior da tranche, fixados no contrato.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Em regra, a primeira tranche do risco fica a cargo do segurado, como franquias absolutas e cada uma das tranches sucessivas “funciona” como franquias absolutas para a seguinte. Neste tipo de coberturas, não se aplica a regra proporcional;

Quando haja vários seguradores, mas apenas um por camada, também não se aplicam necessariamente as regras sobre co-seguro, ainda que haja unidade de segurado, de duração da cobertura e o risco seja, do ponto de vista substancial, o mesmo.

Os compromissos dos seguradores, havendo vários mas apenas um segurador por cada camada, são autônomos e não cumulativos, não lhes sendo aplicáveis o regime da pluralidade seguros.

A questão da sub-rogação, nos seguros de coisas, contra terceiro responsável pela reparação do dano, e o exercício de direito de regresso, nos seguros de RC, contra co-responsável solidário, suscita questões de especial dificuldade.

IV - QUESTÕES DIVERSAS

1. Exemplos práticos: Franquia ou descoberto/Capital seguro: como se articulam?

Exemplo 1: Seguro sujeito à regra proporcional; Capital Seguro: 100.000 €; Valor em risco: 200.000 €; Perda: 80.000 €; Franquia/descoberto: 10.000 €;

Valor da Prestação: i) $50\% \times 80.000 - 10.000$, ou seja 30.000 ? ii) $80.000 - 10.000 = 70.000 \times 50\%$, ou seja 35.000 ? iii) ou outro ?

E se a perda for total (200.000 Euros), ao valor do capital seguro (100.000) deduz-se sempre o valor da franquia/descoberto, não se atingindo aquele, face a uma definição de capital seguro decalcado na estabelecida no artº 49, nº1, da LCS?

Independentemente das práticas seria clarificador que a solução para as questões suscitáveis seja explicitada, com clareza, nas Condições Contratuais.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Exemplo 2: mesmos pressupostos de 1, com um descoberto de 10% do valor do capital seguro, em vez de uma franquia de 10.000 €.

Valor da prestação: o mesmo de 1 i) ? Ou outro ?

Exemplo 3: Seguro de coisas não sujeito a regra proporcional; Capital Seguro: 100.000 €; Perda: 105.000 €; Franquia: 10.000 €;

Valor da Prestação: i) 95.000? ii) 90.000? Ou, outro ?

E se perda de 110.000 Euros: que valor de prestação ?

Exemplo 4: Igual a exemplo 3, mas com descoberto de 10% do valor da perda, em vez de franquia.

Valor da prestação: i) $105.000 - (10\% \text{ de } 105.000)$?; ii) $100.000 - (10\% \text{ de } 105.000)$?

E se perda do montante de 120.000 Euros: que valor de prestação?

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

Para evitar o surgimento de dúvidas e controvérsias é exigível uma regulamentação contratual cuidada da qual conste uma “definição” clara das figuras previstas e do modo como “funcionam” na interação com a cláusula de “capital seguro” e as relativas aos procedimentos de regularização do sinistro.

Entre outros aspectos, é essencial que do contrato resulte claro se, e quando, o valor do capital seguro “funciona” em excesso do valor da franquia ou quando a franquia ou o descoberto se compreendem “dentro” daquele, reduzindo o seu valor, mesmo nas situações em que o valor da perda ultrapassa o valor seguro;

Se e quando sejam previstas regras convencionais das quais decorra que o capital nominal seguro nunca é esgotado, tendo-se por “reduzido” por efeito de valor de franquia ou descoberto, mesmo que o valor da perda seja superior ao valor nominal do capital adicionado do valor da franquia/descoberto, é especialmente recomendável o uso de formulações contratuais que, com transparência, evidenciem tal solução.

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

2. Cláusulas de atualização automática do capital seguro com franquias indexadas ao valor deste, mas sujeitas a um limite, em valor absoluto.

A atualização automática do capital projeta-se numa atualização também automática do valor da franquia, incluindo o seu limite expresso em valor absoluto?

3. Franquias múltiplas em caso de accionamento simultâneo de várias coberturas, ainda que decorrentes da mesma causa ou de causas conexas.

São dedutíveis todas elas? Ou alguma(s) delas? E qual(is)?

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

4. Concurso de direitos do segurado e do seu segurador contra terceiro responsável

O art. 441 do C.Com. e a repartição proporcional, em caso de insuficiência económica do terceiro responsável, quando o segurador, credor sub-rogado, e o segurado, credor primitivo, concorram para fazer valer direitos contra esse terceiro;

O art. 136 da LCS e a prevalência do direito de crédito do segurado, credor primitivo, sobre o crédito transmitido ao segurador por efeito da sub-rogação parcial (Ver Arnaldo Oliveira, Anotação LCS, art. 136; Abílio Neto e anotações ao artigo 593 do Código Civil; Prof. Menezes Leitão, pág. 40 e seg., Direito das Obrigações, vol. II, 12ª Edição. Atender à expressão “não prejudica” o direito do credor, ou “não prejudica” o direito do segurado, constantes do art 593 Ccivil e art. 136 LCS.

O regime do art. 136 da LCS aplica-se apenas a perdas abrangidas por operação de sub-rogação parcial ou a outros tipos de perdas que o segurado tenha sofrido ?

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

A relevância especial destas questões nos seguros de grandes riscos, dada a faculdade de estabelecimento de solução diversa da da preferência do direito do segurado sobre o direito do segurador, em caso de concurso de reclamações contra terceiro responsável;

5. A sub-rogação nas coberturas por camadas, em que haja seguradores diversos por camada;

FRANQUIA E FIGURAS AFINS

BIBLIOGRAFIA:

O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado – J. C. Moitinho de Almeida;
Contrato de Seguro – José Vasques;
The Law of Insurance Contracts – Malcolm A. Clarke;
Tratado del Contrato de Seguro – Abel B. Veiga Copo;
Diccionario Mapfre de Seguros – Fundación Mapfre;
Il Diritto delle Assicurazioni - Marco Rossetti (3 volumes);
Manuale di Tecnica delle Assicurazioni (2 volumes) – A cura di A.D. Candian e S. Paci;
Comentario breve al Diritto delle Assicurazioni – Volpe Putzolu;
Traité Droit des Assurances (Tome 3, Le Contrat d'assurance) e Les Assurances de Dommages, sous la direction de Jean Bigot;
Traité du contrat d'assurance terrestre – Hubert Groutel e outros.